

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

“LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL:
DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD
PENAL Y ADMINISTRATIVA”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Penal

AUTORA

KARELIN TUERO OCHOA

ASESORA

Dra. MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO

JURADO

Dr. RAÚL PARIONA ARANA

Dr. IVÁN MEINI MÉNDEZ

LIMA – PERÚ

2013

Por su cariño y confianza, quiero agradecer
a mis padres: Juan y Gloria y a
mis hermanos: Iskra, Katia y Juan Ilich.



INDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	10

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO

1.1. Reconocimiento legal de la protección del patrimonio cultural	16
1.1.1. Legislación internacional	16
a) La Convención sobre la Protección en Caso de Conflicto Armado	16
b) La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural	19
c) La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectural de Europa	21
1.1.2. Legislación nacional	22
a) La Constitución Política	22
b) Norma administrativa	25
c) Código penal.....	26
1.1.3. Protección jurídica de los bienes culturales	28
a) Tutela indirecta	28
b) Tutela directa	30
c) Posición ecléctica	31
1.2. Regulación del patrimonio cultural de la nación en el ámbito administrativo ..	32
1.2.1. La Finalidad de las normas administrativas	32
1.2.2. El Objeto material de protección	33
1.2.2.1. Características que definen los bienes del patrimonio cultural	34
a) Toda manifestación del quehacer humano	34
b) Bienes con importancia, valor y significado	35
c) Bienes que sean expresamente declarados como tal o sobre	

los que exista la presunción legal	36
d) Titularidad de los bienes culturales	37
1.2.3. Evolución histórica de la regulación del patrimonio cultural	38
1.2.4. Nueva Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley N° 28296	50
1.2.4.1. Declaración del patrimonio cultural	51
1.2.4.2. Presunción del patrimonio cultural	56
1.2.4.3. Bienes integrantes del patrimonio cultural	58
a) Bienes materiales	59
b) Bienes inmateriales	61
1.2.4.4. Registro e inventario de los bienes culturales	63
1.2.4.5. Régimen de propiedad de los bienes culturales	65
a) La propiedad	65
b) Restricciones y/o limitaciones en la propiedad de bienes culturales	69
c) Obligaciones y beneficios de los propietarios	71
1.2.4.6. Transferencia y traslado de los bienes culturales	74
a) Transferencia de bienes culturales	74
b) Traslado de bienes culturales	76
1.2.5. Infracciones Administrativas sancionables	78
1.2.5.1. Incumplimiento del registro de los bienes	79
1.2.5.2. El daño con dolo o negligencia declarada por el organismo competente	80
1.2.5.3. Extracción del bien cultural sin autorización o certificación que descarte su condición de tal	81
1.2.5.4. Introducir al Perú bien cultural, sin la certificación que autorice su salida del país de origen	84
1.2.5.5. Excavaciones en sitios arqueológicos o cementerios, o alteración de bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación sin tener la autorización correspondiente del Instituto Nacional de Cultura o la certificación que descarte la condición de bien cultural	85
1.2.5.6. Ejecución en inmueble integrante o vinculado al patrimonio cultural de la nación sin contar con la autorización previa o cuando contando con tal autorización se comprueba que la obra se ejecuta	

incumpléndose técnicas aprobadas por el Instituto	
Nacional de Cultura	85
1.2.5.7. Incumplimiento de las demás obligaciones previstas en la	
presente ley y las que se establezcan en el reglamento	86
1.2.6. Sanciones Administrativas	87

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL PERUANO

2.1. Aspecto Objetivo del Tipo	92
2.1.1. El Objeto de protección de la Norma penal.....	92
2.1.2. Los Sujetos del delito	98
2.1.2.1. Sujetos activos del delito	98
a) Sujetos comunes	99
i) Sujetos comunes propiamente	100
ii) Propietarios particulares de bienes culturales	101
iii) Sujetos que actúan en nombre de Personas jurídicas	105
b) Sujetos cualificados	107
2.1.2.2. Sujeto pasivo del delito	109
2.1.3. El Objeto de la acción	110
2.1.4. Conductas Típicas	118
2.1.4.1. Conductas de acción	119
a) Atentado contra monumentos arqueológicos	119
i) El asentamiento en monumentos arqueológicos prehispánicos	120
ii) La depredación: exploración, excavación y remoción.....	122
b) Inducción a la comisión de atentados contra yacimientos	
arqueológicos prehispánicos	125
i) Organizar la comisión del ilícito	126
ii) Proporcionar el financiamiento para el ilícito	126
iii) Dirigir la comisión del ilícito	126
c) Destrucción, alteración y extracción de bienes culturales	127
i) La destrucción de bienes del patrimonio cultural	128
ii) Alteración de bienes del patrimonio cultural	133

iii) Extracción del país de bienes del patrimonio cultural	136
iv) El comercio de bienes culturales	139
2.1.4.2. Conducta de Omisión	143
a) Intervención o facilitación de funcionarios públicos	144
2.2. Contenido del tipo subjetivo	149
2.3. Causas de Justificación	155
2.3.1. Estado de necesidad	155
2.3.2. Cumplimiento de un deber	156
2.3.3. El ejercicio legítimo de un derecho	156
2.4. Sanciones Penales	156
2.4.1. Privación de la libertad	157
2.4.2. Multa	161
2.4.3. Inhabilitación	162
2.5. Otros tipos penales contenidos en la norma penal que regulan contra ilícitos culturales	163
2.5.1. Delito de hurto y robo agravado	166
a) Delito de Hurto	166
b) Delito de Robo	169
2.5.2. Delito de daños contra el patrimonio cultural	172
2.5.3. Delitos de Receptación y apropiación ilícita	175
2.5.4. Delito de peligro común agravado	176

CAPÍTULO III

DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA

3.1. Los principios del Iuspuniendi en la delimitación de la responsabilidad penal y administrativa	180
3.1.1. El Principio de Mínima Intervención	180
3.1.2. Principio de Intervención Fragmentaria	184
3.1.3. Principio de Intervención Subsidiaria	187
3.1.4. Principio de Proporcionalidad	189
3.1.5. Principio de Ne bis in ídem	192

3.2. Diferencias entre la Sanción penal y administrativa	195
3.3. Conductas con doble regulación normativa	201
a) Extracción de Bienes culturales	202
b) Excavaciones en sitios arqueológicos	204
c) Promoción de actividades en contra del Patrimonio cultural	210
d) Alteración de Bienes culturales	213
3.4. Toma de postura	216
Conclusiones	226
Bibliografía	240



ABREVIATURAS

AGN	:	Archivo General de la Nación
art.	:	Artículo
BPC	:	Bien(es) del Patrimonio Cultural
cáp.	:	Capítulo
C.P.	:	Código Penal
C.C.	:	Código Civil
DA	:	Derecho Administrativo
D.Leg.	:	Decreto Legislativo
D. Ley	:	Decreto Ley
DP	:	Derecho Penal
D.S.	:	Decreto Supremo
Edit.	:	Editorial
ed.	:	Edición
Exp.	:	Expediente
inc.	:	Inciso
INC	:	Instituto Nacional de Cultura
IGV	:	Impuesto General a las Ventas
LPCNP	:	Ley del Patrimonio Cultural de la Nación Peruana
LPHE	:	Ley del Patrimonio Histórico Español
núm.	:	Número
PHE	:	Patrimonio Histórico Español
p.	:	Página
pp.	:	Páginas
y s., y ss.	:	y siguiente, y siguientes
TC	:	Tribunal Constitucional
TP	:	Título Preliminar
TUO	:	Texto Único Ordenado
UNESCO	:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura
Vol.	:	Volumen



INTRODUCCIÓN

“...los ataques contra el patrimonio histórico suponen un empobrecimiento del conocimiento de la evolución de la civilización, de las raíces y orígenes de la humanidad, de la aportación de cada generación a la historia del mundo. Por ello nos incumbe como meros depositarios y circunstanciales usufructuarios, transmitir un legado que pertenece a la colectividad y traspasar una herencia recibida, enriqueciéndola aun más, a quienes nos sucedan en el futuro”¹.

Partiendo del entendimiento de que el patrimonio cultural es el legado histórico de nuestros antecesores, acerca de quiénes somos; su importancia, podemos esclarecerla en el siguiente pensamiento: *“un pueblo sin cultura es como un hombre sin memoria”*. Así lo entendí durante el tiempo de mis estudios iniciales de antropología y posteriormente de derecho, habiendo tenido la suerte de practicar en una fiscalía en la cual el fiscal era ad hoc para la Prevención y Preservación del Patrimonio Cultural en la ciudad del Cusco; ahí observe y fui parte de como los vacíos y deficiencias de nuestra legislación sobre la materia, llevan a la impunidad y abandono del patrimonio cultural.

Razón por la que decidimos hacer un estudio jurídico sobre la protección del patrimonio cultural; pues, la labor de preservar nuestro patrimonio corresponde a todos, a fin de transmitir a las sucesivas generaciones venideras; y, para ello se deben tomar acciones de administración, conservación, mantenimiento y restauración, así como acciones de protección administrativa y penal que buscan prevenir las infracciones contra los bienes del patrimonio cultural orientadas a su destrucción.

Siendo el patrimonio cultural de la nación un tema multidisciplinario —en el que intervienen la arqueología, antropología, arquitectura y el derecho—, con la finalidad de alcanzar las tareas antes señaladas; será materia de nuestro estudio la última disciplina referida “al Derecho” en la que participan dos subdisciplinas del Derecho público (Derecho penal y Derecho administrativo), con el objeto de evitar el

¹RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, Edit. Comares, 2002, España, pp. 16 y s.

empobrecimiento y desaparición de importantes evidencias sobre el origen de los pueblos. La actuación del Derecho penal se produce a partir del reconocimiento constitucional de la calidad de bien jurídico de los bienes culturales y la expansión del Derecho, en cumplimiento de la labor de protección y preservación de los bienes culturales.

Pues, los ilícitos contra el patrimonio cultural, constituyen una nueva forma delictiva tipificada en la norma penal (título autónomo del Código penal), pero con la carencia de haber sido desarrollada muy poco por la doctrina nacional, muy a pesar de nuestra condición de ser un país que cuenta con una valiosa cantidad de bienes considerados no solo patrimonio cultural de la nación, sino, bienes que han trascendido fronteras, y son patrimonio cultural de la humanidad; sin olvidar que en los últimos años, nuestro país ha recibido títulos importantes que hoy ostenta; como la de contar con una de las Siete Maravillas del Mundo (Machupicchu), haber sido considerado “Mejor destino Culinario del Mundo” (otorgada por el WorldTravelAwards2012), Machupicchu elegido como “Mejor destino Verde del Mundo” (WTA 2012); a esto hay que sumar, los últimos hallazgos arqueológicos que enriquecen nuestra historia, más halla de cambiar algunos aspectos de ésta, como es el caso de Señor de Sipán, la Señora del Cao (La Libertad), y las tumbas en el Parque arqueológico de Machupicchu.

Originalmente las primeras formas de regulación a las infracciones contra los bienes culturales, fue a través de las normas de carácter administrativo (regulación especial); que tuvieron su fundamento en convenios y tratados internacionales a los que se adhirió nuestro país; esta regulación que se mantuvo vigente en el tiempo, finalmente fue objeto de variaciones. Hoy en día, se ha producido un incremento de esta nueva forma delictiva, constituyéndose en ilícitos complejos y graves, de alcance internacional, un delito sin fronteras en la que actúan organizaciones criminales internacionales; situación que expresa la necesidad de investigar sobre la eficiencia de las normas y efectuar nuevos planteamientos para la preservación del patrimonio cultural.

El mantenimiento de una regulación nacional simultánea —administrativa y penal—, para las infracciones al patrimonio cultural de la nación; dio lugar, a que algunas acciones que son y debieran ser consideradas únicamente quebrantamientos

administrativos en atención del *principio de última ratio*, se encuentran tipificados como conductas delictivas, por ejemplo; la conducta de un titular de un diario local “Maquinaria pesada afecta patrimonio arqueológico”², puede tipificarse como una alteración o destrucción del patrimonio cultural, o una simple infracción administrativa por falta de autorización y; contrariamente existen comportamientos que por el tipo de lesión producida, ameritan mas bien una sanción penal; pero, están contempladas en las normas administrativas. Este tipo de conflictos y vacíos en la legislación, genera no solo una vulneración del principio de proporcionalidad; contribuye a la impunidad de las conductas punibles y, la pérdida consecuente del patrimonio cultural de la nación, en desmedro de la sociedad; también pone en duda la eficiencia de la legislación nacional en materia de patrimonio cultural y la necesidad de existencia o de diferenciación de la regulación penal de la administrativa.

Por lo expuesto, la presente investigación tiene como objetivo: establecer los límites de responsabilidad penal y administrativa, en los delitos contra el patrimonio cultural de la nación. A través del análisis de estos dos tipos de norma podemos fijarlas deficiencias de la legislación en torno a la protección de bienes culturales; por tanto, el objeto de nuestra investigación responderá a la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los límites de la responsabilidad penal y/o administrativa en los delitos contra el patrimonio cultural?; y, a partir de esta interrogante principal nos planteamos otras complementarias: ¿Cuáles son las principales deficiencias normativas?, y ¿De qué manera afectan a la protección de los bienes del patrimonio cultural?. La finalidad es contribuir a la real y efectiva protección y preservación de los bienes culturales, como a la correcta aplicación de la legislación respectiva.

Como respuesta a nuestras interrogantes proponemos lo siguiente: “el establecimiento de límites, debe permitir, no sólo, una mejor diferenciación entre la regulación penal y administrativa en beneficio del patrimonio cultural, que será para mantener la penalización de ciertas conductas delictivas consideradas como graves, en atención: al grado de lesión ocasionado, la puesta en peligro del bien jurídico, la calidad del

²<http://peru21.pe/2012/06/17/actualidad/lambayeque-maquinaria-pesada-afecta-patrimonio-arqueologico-2029165>

autor o autores; en tanto que las conductas menos graves deben ameritar una protección de las normas de carácter administrativo”.

Para el cumplimiento de nuestros fines, el trabajo está organizado en tres capítulos, que responderán a nuestras interrogantes y darán sustento o desmentirán a nuestra hipótesis propuesta:

El primer capítulo: “La protección del patrimonio cultural en el Derecho”, tiene dos partes: en la primera, rememoramos tangencialmente sobre los orígenes de la denominación del patrimonio cultural y de su protección; en una segunda parte, analizamos la norma administrativa vigente, buscando encontrar coincidencias y diferencias con la norma penal.

El segundo capítulo: “La protección del patrimonio cultural en el Derecho penal”, tiene por objeto hacer una descripción y análisis de la tipificación de las infracciones a los bienes culturales regulados por la norma penal, estableciendo sus aciertos y desmedros.

Finalmente, el tercer capítulo: “Problemas en la delimitación de la responsabilidad penal y administrativa”, el objeto es señalar los presupuestos que delimitan la responsabilidad administrativa y responsabilidad penal, para posteriormente revisar conductas que simultáneamente son reprimidas por ambos tipos de normas.

Con el presente trabajo de investigación, intentamos absolver sólo algunas interrogantes; pero estamos muy seguros de que abrimos más puertas para el debate jurídico sobre la protección y preservación del patrimonio cultural; donde las futuras generaciones, tendrán como tarea principalmente, porque así, nos ha sido encargado a todos.



CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO

En el presente trabajo tratamos de explicar las siguientes interrogantes: desde cuándo, cómo y porqué, surgió la protección legal de los bienes culturales y/o históricos; defensa que tuvo su nacimiento en diversos documentos internacionales, que posteriormente se hicieron extensivos a diversas legislaciones, incluida la nuestra, como veremos a continuación.

El capítulo tiene dos partes: en la primera parte ahondaremos un poco en los orígenes o primeros reconocimientos del valor del patrimonio cultural en el mundo; y, en la segunda parte de este capítulo, nos sumergimos en nuestra legislación administrativa, que constituye la primera forma de legislación sobre el patrimonio cultural de la nación.

1.1. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

Para explicar el origen de la legislación en materia del patrimonio cultural de la nación, comenzaremos revisando la legislación internacional y posteriormente la nacional:

1.1.1. Legislación Internacional

El interés en la protección de los bienes culturales se produce con posterioridad a la segunda guerra mundial, que ocasionó consecuencias nefastas no sólo para la humanidad en general, sino también, comprometió seriamente la existencia del patrimonio cultural. Es a raíz de estos acontecimientos que se origina la idea de respeto a la integridad del patrimonio artístico y cultural de los pueblos³ y; se dan muchas convenciones y recomendaciones —destacando las de la UNESCO⁴—, sobre la imperiosa necesidad de protección del patrimonio cultural. No es nuestra intención hacer un detalle de todos los documentos suscritos sobre el tema, sólo haremos mención a tres de ellos que consideramos importantes en la protección jurídica del patrimonio cultural, estas son:

a) La Convención sobre la Protección en Caso de Conflicto Armado

Denominada también Convención de la Haya celebrada el 14 de mayo de 1954, entre sus principales aportes está la designación del término '*patrimonio cultural*' a los bienes que eran objeto de un grave daño, a través de acciones de saqueo como producto de las guerras⁵.

En efecto las acciones bélicas que dieron origen a la iniciativa de protección de los bienes históricos y/o culturales, producían destrucción, deterioro, alteración, y

³ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio cultural: Art. 321 a 324 del Código Penal, edit. Tirant lo Blanch, España, 2001, p. 71. Con el transcurso de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), se repudió el derecho de expoliación, se afirmó la idea de respeto a la integridad del patrimonio artístico y cultural de los pueblos, que se da con el Tratado de Paz de París de 10 de febrero de 1947, inspirado en el principio de reintegración de los patrimonios culturales nacionales. Los tesoros de arte atraían el espíritu de conquista de los ejércitos invasores, razón por la cual las ocupaciones del territorio del Estado enemigo llevaban consigo terribles consecuencias, como la apropiación de patrimonio histórico y artístico, sin que recibiesen la consideración de ilícitos internacionales.

⁴ UNESCO, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; nació el 16 de noviembre de 1945. En: <http://www.unesco.org>.

⁵ MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, edit. Biblioteca Nacional del Perú, Lima, 1994, p. 47.

extracción de sus lugares oriundos como si se tratase de botines de guerra; aunque el atentado y lesión al patrimonio cultural vino produciéndose aún desde tiempos muy remotos y por razones no necesariamente bélicas, más bien de satisfacción de necesidades⁶. Fue frente a estas acciones de violencia bélica que la Convención extiende los términos de protección de los bienes culturales a los *casos en que se produce guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado* que pudiese surgir entre dos o más Estados suscriptores de la convención.

Pues, la amenaza de pérdida total de estos bienes —que testifican la historia de la humanidad—, llevó a plantear la defensa y el respeto de los mismos, en medio de un panorama de guerra externa, otorgando inicialmente protección a dichos bienes en atención al *valor histórico* que representaba para la humanidad en general y su particular carácter de intangibilidad con el que contaban; porque de perderse dichos bienes no serían posibles de reproducirse en su originalidad e integridad.

Fue así, cómo, el objeto materia de protección de esta primera Convención recibió la denominación de “*bienes culturales*”, que aún se conserva y constaba de tres subgrupos: a) En el primer grupo se menciona a los *bienes muebles y los inmuebles*, particularmente aquellos con gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos; b) En segundo lugar estaban *los edificios* destinados a la conservación o exposición de bienes muebles—lo que hoy es para nosotros los museos⁷— y; c) Por último en el tercer grupo, se ubicó a *los centros documentales*⁸ —grupo equivalente a lo que representa las bibliotecas y archivos. La selección era muy subjetiva y general, las dos últimas referían al lugar con lo cual se dejó desprotegido aquellos bienes que no se encontraban en tales edificios y centros documentales.

Adicionalmente la Convención de la Haya refuerza su trascendencia, al establecer dos tipos de protección para los bienes del patrimonio cultural: 1. La primera es la *Protección general*, otorgada para: los bienes muebles e inmuebles, los edificios

⁶RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico ilícito de bienes culturales, Tesis de la Universidad de Chile, Facultad De Artes, Chile, 2004, p. 13 y s. Desde la época de los faraones egipcios, ya se saqueaban tumbas, los mismos que quedaron trasuntados en papiros que relataban los robos o declaraciones de inculpados que saqueaban tumbas, y que eran ostentadas posteriormente sin que se justificase la riqueza obtenida que fue utilizada para adquirir tierras, ganado, ropas, etc.

⁷ La anotación es nuestra.

⁸ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio cultural, ob.cit., pp. 74 y s.

destinados a la exposición y conservación de bienes culturales y, los centros documentales; la aludida protección consistía en *otorgar respeto y salvaguarda* a los bienes culturales⁹ —a través por ejemplo del resguardo de los bienes retirándolos del alcance del público y manteniéndolos en lugares seguros y lejanos a la amenaza bélica y con la fijación de distancias que impiden un mero acercamiento y utilización de los bienes culturales.

En tanto que, el segundo tipo de protección denominado: *Protección especial*, estaba reservada para los sitios inscritos en el Registro internacional, teniendo como objeto de protección consecuentemente un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles¹⁰ de importancia mayor. Clasificación que aún se mantiene al ser adoptada por las distintas legislaciones en algunos casos, con un solo tipo de protección y en otros, ambos tipos de manera simultánea —*protección general y protección especial*—, como el caso de nuestra legislación mediante, la protección general a través de la ley especial y la protección especial por medio de la norma penal.

La Convención, también hace referencia a la necesidad de una *protección de carácter penal* a favor de los bienes culturales, consistente en la obligación de los Estados miembros de castigar las acciones en contra de la preservación del patrimonio cultural, con la imposición de sanciones penales y disciplinarias; siendo, que los primeros tipos delictivos que se sancionaron en atención a esta sugerencia, fueron: la *destrucción o deterioro* de los bienes protegidos, los *actos de pillaje o apropiación* de los mencionados bienes, así como todo *acto de vandalismo* acaecido sobre ellos¹¹; de esta manera, se aportó las primeras conductas infractoras al *patrimonio cultural*, propias de esos tiempos.

⁹ MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, edit. Biblioteca Nacional del Perú, Lima, 1994, pp. 47s. La *salvaguarda* consistía en la adopción de medidas apropiadas contra efectos previsibles de un conflicto armado. En tanto que el *respeto*, fue entendido como la abstención en la utilización de los bienes protegidos o de una simple proximidad inmediata hacia los mismos, siendo la única excepción la de necesidad militar. El *respeto*, también implicaba la obligación de prohibir, impedir o hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, pillaje, ocultación o apropiación de bienes culturales, así como todos los actos de vandalismo.

¹⁰ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 77 y s.

¹¹ GUISASOLA LERMA, Cristina, id., pp. 78 y s.

Finalmente, podemos decir que, con la Convención sobre la Protección en caso de Conflicto Armado se garantizó principalmente; *preservar la existencia y evitar la destrucción del patrimonio cultural perteneciente a los Estados parte*, permaneciendo el riesgo sobre los bienes culturales de los Estados no suscriptores de la referida Convención. Sin embargo, a nuestro parecer, la importancia de esta Convención radica en que no sólo *es el primer documento que protege el patrimonio cultural*, el mismo que se mantiene vigente para futuros conflictos en los que debe respetarse y salvaguardarse el patrimonio cultural; sino que, sobre todo es a partir de ésta Convención que los bienes culturales encuentran algún tipo de protección—*general o especial*—, ante las diversas acciones destructivas de los hombres; además, la Convención impuso la protección de los bienes culturales en los Estados parte, e influyó en la regulación de otros Estados y así, aportó con los primeros tipos penales.

b) La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural

En otro momento de la historia se dio la *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*¹², que por primera vez *define el término patrimonio cultural* precisado en tres categorías: *los monumentos, los conjuntos* (grupos de construcciones, etc.) y *los lugares* (obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, incluidos los lugares arqueológicos)¹³. Se trata de una definición que establece una clara distinción entre *patrimonio cultural y bienes culturales* —en efecto son términos diferentes—, donde bien cultural es el universo y patrimonio cultural es una parte del universo (Talanca); pues, no todo bien cultural forma parte del patrimonio cultural, distinción que se considera para efectos del tipo de protección que otorga la norma —*general o especial*—, y el posterior tipo de responsabilidad —*administrativa o penal*—, con el que se reprimirá.

¹²Aprobada en la Conferencia General de la UNESCO, reunión de París del 16 de noviembre de 1972. Se considera Patrimonio cultural a: 1) Los Monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, 2) Los Conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte de la ciencia y, 3) Los Lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico. En: RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico ilícito de bienes culturales, ob.cit., pp.6 y s.

¹³MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., p. 50.

Esta Convención (1972) dio un amplio concepto de *patrimonio cultural* que incluye edificios, monumentos, arte elaborado, flora, fauna, especímenes minerales, paleontológicos, arqueológicos, etnográficos, arte decorativo, manuscritos, libros, archivos sonoros, cinematográficos y fotográficos; toda una variedad de bienes que guardan una importante información sobre el origen y evolución de la humanidad. La Convención reconoce que el *patrimonio cultural* de cualquier época debe ser protegido¹⁴ por igual —planteamiento con el que coincidimos plenamente—, aunque tiene que establecerse criterios para determinar el tipo de responsabilidad a imputarse a las conductas que atentan contra el patrimonio cultural; y, superarse situaciones de discriminación por razones de antigüedad, naturaleza, especialidad u otros entre los bienes —por ejemplo en nuestra legislación penal se diferencia por razones de antigüedad de manera que tenemos dos grupos de bienes: prehispánicos y posthispánicos para efectos de la sanción y, aún entre los bienes posthispánicos se distingue entre los que se exige una declaración previa para reprimir la conducta ilícita y a los que no se exige—, situación que desarrollaremos más adelante.

Ahora bien, hay que advertir algunas diferencias sobre las convenciones anotadas: en la Primera Convención de la UNESCO (1954), se consideró tres tipos de bienes culturales en los que se incluía *bienes muebles, inmuebles, edificios destinados a exposición y conservación de bienes culturales y los centros documentales*; podemos decir que se trataba de una clasificación general que intentaba comprender todos los bienes culturales existentes y en peligro; en la Segunda Convención de la UNESCO (1972), se considera como patrimonio cultural los *monumentos, conjuntos y lugares*, propiamente se refiere más específicamente a bienes culturales inmuebles, una descripción mas específica. Otra diferencia, en la primera Convención se hizo mención a bienes muebles que se encontraban en museos o archivos, sin dejar de mencionar los inmuebles por supuesto; pero, sin precisar la peculiaridad o carácter especial requerido que diferencie a bienes del patrimonio cultural de los bienes comunes; en tanto que en la definición de la segunda Convención se establece el carácter diferenciador de los bienes, que podía ser: *histórico, artístico, estético, etnológico y antropológico*; carácter excepcional que se mantiene hasta hoy y con el

¹⁴ RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico ilícito de bienes culturales, ob.cit., p. 8.

que deben contar los bienes para ser patrimonio cultural, el mismo que se constituye en el gran aporte de esta Convención.

c) La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectural de Europa

Es sin embargo la *Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectural de Europa* (firmada en Granada el 03 de octubre de 1985), la que marca la consagración jurídica en el plano internacional del patrimonio cultural, el documento comienza definiendo el *patrimonio arquitectónico*, constituido por tres categorías de elementos (las mismas que contempla la Convención de la UNESCO de 1972): *los monumentos, los conjuntos históricos y los sitios o lugares*; pero, lo más importante de esta Convención (1985) es que refiere una serie de criterios para la identificación de estos bienes, concretamente señala que deben poseer un *interés histórico, artístico, científico, social o étnico*¹⁵, algunos de los cuales ya habían sido anunciados en la Convención de 1972 de forma referencial.

Definición que precisa aún más el concepto de *patrimonio cultural*, deslindándolo por completo del término *bien cultural*; pues, para alcanzar tal categoría requiere que cuenten con características peculiares que los diferencien y hagan merecedores de protección sea general o especial. Hay que indicar, que dichos caracteres peculiares puede tenerlo un bien cultural el mismo, que lo hará diferente de un bien común; sin embargo, el *patrimonio cultural* requiere además de un carácter peculiar —en nuestra legislación nacional en particular se exige una *declaración administrativa*—, requisito que complica la protección jurídica que debe otorgarse a los bienes culturales y especialmente a los que ostentan carácter de patrimonio cultural y, este es uno de los problemas que presenta nuestra legislación que se apreciará aún más adelante en el desarrollo del trabajo.

En conclusión, podemos manifestar que, la protección del *patrimonio cultural* encuentra su fundamento en la imperiosa necesidad de proteger y preservar el patrimonio histórico y/o cultural de la humanidad, inicialmente de las acciones bélicas producto de las guerras; la que se plasmó en documentos internacionales como las convenciones realizadas por la UNESCO; a partir de las cuales, se ha, definido con

¹⁵ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 86.

claridad el contenido de patrimonio cultural, se ha establecido los tipos de protección para los bienes que lo comprenden, la misma que puede ser de carácter general y/o especial y; se fijó los caracteres que definen a los bienes del patrimonio cultural; además, se manifestó el requerimiento de una protección en materia penal, para prevenir, y sancionar los actos dirigidos a la destrucción o desaparición de bienes del patrimonio cultural.

1.1.2. Legislación Nacional

Ahora, nos toca referirnos al surgimiento de la protección legal de los bienes culturales y/o históricos en nuestra legislación, que inicialmente acogió las sugerencias de la UNESCO, plasmándola en la norma constitucional; pues, las primeras medidas de protección del patrimonio cultural tenían carácter administrativo, ulteriormente quedaron convertidas en leyes especiales y, ante el crecimiento acelerado de la delincuencia cultural se regularon normas de carácter penal que se plasmaron en cuerpos normativos (código penal). Veamos un poco:

a) La Constitución Política

Las primeras Constituciones peruanas no han hecho ningún tipo de referencia, ni han regulado de forma alguna respecto al *patrimonio cultural* o la *cultura* propiamente. Posteriormente cuando abordan el tema de la cultura lo hacen confundiendo mas bien con conceptos educativos¹⁶, en atención a que solo un grupo privilegiado de peruanos tenían acceso a la educación e impartición de conocimientos, de manera que, los que alcanzaron algún nivel educacional eran considerados personas cultas, no existía diferencia entre educación y cultura¹⁷.

Recién en la Constitución de 1856¹⁸, se establece como garantía constitucional que: “*los bienes de propiedad nacional sólo podrán enajenarse para los objetos y en los casos y forma que expresa la ley*” (art. 7); remarcando que: “es nula y sin efecto

¹⁶MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., p. 153.

¹⁷ZAID, Gabriel, Tres conceptos de cultura, en la red: <http://www.letraslibres.com/index>, Consulta hecha el 2008. La “*Ilustración inventa el segundo concepto de cultura: el nivel superior alcanzado por la humanidad. No es la cultura personal, sino social. Incluye el patrimonio acumulado por los grandes creadores, ‘el saber alcanzado’, el buen gusto, la pulida civilidad de las costumbres, las instituciones sociales, empezando por la propiedad (...)*”.

¹⁸PALOMINO MANCHEGO. José F., “La protección constitucional del patrimonio Cultural de la nación”, en: *Dialogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica Editores. Revista de crítica y análisis jurisprudencial, Año II/ N° 2. Dic. 1995, Perú, pp. 37-53.

cualquier ley, en cuanto se oponga a la Constitución” (art. 10). Similar precepto, se reitera en los art. 6 y 7 de la Constitución de 1860-1867; y, en los art. 38 y 33 de la Constitución de 1920 y 1933, que utilizando los mismos términos consignan: “*no puede ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos*”, y en el art. 82 dice: “*los tesoros arqueológicos, artísticos e históricos, están bajo la salvaguarda del Estado*”. La principal discusión, en estas constituciones giraba en torno a la naturaleza pública o privada de los bienes culturales; pues, sí los bienes eran públicos, entonces no había propiedad privada sobre ellos y cualquier transferencia tenía que sujetarse a lo establecido por la ley de la materia.

La Constitución de 1933 dictada durante el gobierno de Sánchez Cerro (Título III de Educación), dispuso que es de invalorable importancia histórica el *patrimonio cultural de la nación*; así, el art. 82 establecía: *Los tesoros arqueológicos, artísticos e históricos están bajo la salvaguarda del Estado*¹⁹. De ésta manera, se dio el primer reconocimiento de protección jurídica a los bienes culturales nacionales, con la denominación poco acertada de “tesoros”; asimismo, se señala tres categorías de bienes: *arqueológicos, artísticos e históricos*, en los que se reconoce el valor que encierra cada uno de estos bienes, por lo que el Estado queda encargado de su protección. En efecto, el concepto “tesoro” no fue el más adecuado, años más tarde la Convención de la UNESCO de 1954 los llamó “bienes culturales”; pues, la norma constitucional quedó expresada en el término “salvaguarda”, que es la misma utilizada en las primeras convenciones, ante el vandalismo existente.

Por su parte, la Constitución de 1979, contempla con mayor amplitud y propiedad la protección del *patrimonio cultural* en su Título I: De la Educación, la ciencia y la cultura, Capítulo IV, art. 36 establece: *Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, objetos artísticos y testimonios —que constituyen el objeto de protección o el patrimonio cultural protegido— de valor histórico, declarados patrimonio cultural de la nación*²⁰ —condición que loubica dentro del tipo de protección especial, es decir protección únicamente para los bienes culturales reconocidos mediante declaración expresa—, *están bajo el amparo del Estado, la ley*

¹⁹MARTORELL CARREÑO, Alberto, id., p. 158.

²⁰La anotación es nuestro, sirve para resaltar el requisito exigido en ese entonces por la norma, sobre los bienes culturales, que posteriormente varía en la constitución vigente.

*regula su conservación, mantenimiento y restitución*²¹. Según el objeto de protección se enmarca dentro de los tipos de bienes comprendidos por la Convención de la Haya de 1972 (monumentos, conjuntos y lugares), asimismo debemos destacar el carácter *especial del valor histórico* que alude la norma constitucional requisito con el que deben contar los bienes del *patrimonio cultural*. La Constitución instituyó no sólo las obligaciones de protección del patrimonio al Estado, sino también fijó labores de conservación, mantenimiento y restitución e hizo referencia al aspecto cultural en más de un artículo²².

Actualmente en la Constitución vigente de 1993 (Título I: De la persona y de la sociedad, Capítulo II: De los derechos sociales y económicos), art. 21 establece: *Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico —por intermedio de esta norma, no sólo se acoge la clasificación de la Convención de 1972 (monumentos, conjuntos y lugares), sino, hay detalle de otros tipos de bienes a ser comprendidos siempre que cuenten con la particularidad del valor histórico—, expresamente declarados bienes culturales y provisionalmente los que se presumen como tales*²³, *son patrimonio cultural de la nación independientemente de su condición de propiedad privada o pública. —Hay que destacar el reconocimiento de los dos tipos de protección en la norma, la protección especial para los bienes declarados y la protección general cuando se anuncia la presunción sobre la condición de otros bienes culturales no declarados patrimonio cultural de la nación. La norma no discrimina en relación a la tutela de los bienes del patrimonio cultural para efectos de su protección sean de propiedad pública o privada—. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho*

²¹MARTORELL CARREÑO, Alberto, id., p. 150.

²²MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., p. 35. Constitución de 1979: Art. 21 regula, “El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana”; Art. 34. “El Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía”; Art. 35. “El Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes”; Art. 36. “Los yacimientos y restos arqueológicos; construcciones, monumentos, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados patrimonio cultural de la nación, están bajo el amparo del Estado. La ley regula su conservación, restauración, mantenimiento y restitución”; Art. 37. “Los medios de comunicación social del Estado se hallan al servicio de la educación y la cultura”. Los privados colaboran a dichos fines de acuerdo a ley.

²³La anotación es nuestro, resalta los términos a través de los cuales se otorga protección a los bienes culturales, conforme a lo expresado por las Convenciones de la UNESCO, si se pide declaración expresa la protección es especial y sólo recae sobre los bienes que la ostentan; y, si se invoca la presunción hablamos de una protección general, porque se presume que todos los bienes culturales son patrimonio cultural hasta que se pruebe lo contrario.

patrimonio. Fomenta conforme a ley la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional.

La diferencia con la Constitución de 1979, es que en ésta, la protección recae sobre los bienes declarados patrimonio cultural, que es una *protección especial*, es decir recae, únicamente sobre unos cuantos bienes de un conjunto; en tanto que, en la Constitución de 1993 la protección recae adicionalmente de los bienes declarados, y sobre lo que se *presume su condición de tal*, de manera que *la protección es general*, y abarca a todos los bienes culturales de la nación. Esta Constitución política (1993) al igual que su antecesora regula en más de un artículo sobre la cultura²⁴.

De las constituciones aludidas, la última (1993) es evolucionada y relevante por que desarrolla un concepto más completo de lo que debe entenderse por *patrimonio cultura*; la protección que ofrece a los bienes culturales es amplia, acoge a los bienes que cuentan con registro o declaración expresa y, también aquellos bienes que no cuentan con esas condiciones, especialmente sobre lo que establece la categoría de la presunción, que deberá ser objeto de prueba; además debe reconocer la dificultad e imposibilidad que representa en nuestra realidad el registro de todos los bienes culturales de la nación. Pues, al no poder registrar todos los bienes culturales existentes, debe acogerse el planteamiento de la Convención de asumir los tipos de protección para el patrimonio cultural (la general y especial); y, superar el tema de la propiedad, reconociendo que los bienes culturales indistintamente pueden ser de propiedad pública o privada.

b) Norma administrativa

²⁴MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., p. 36. Constitución de 1993: Art. 2. Toda persona tiene derecho: 17. A participar; en forma individual o asociada, en la vida política, económica y cultural de la nación. 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación; Art. 14. Los medios de comunicación social deben colaborar con el estado en la educación y en la formación moral y cultural; Art. 17. El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional; Art.18. La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual, artística y la investigación científica y tecnológica (...); Art. 19. Las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a la legislación en la materia gozan de inafectación de todo impuesto directo o indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural; Art. 89. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.

El patrimonio cultural en el ámbito administrativo ha estado regulado desde hace mucho tiempo por decretos supremos y/o decretos leyes, que fueron la primera forma de protección legal que recibió el patrimonio cultural de la nación.

La razón del estudio de estas normas administrativas es porque en ella se contempla desde conceptos básicos: qué se entiende por patrimonio cultural, qué bienes lo integran, cuál es su régimen de tenencia, u otros aspectos importantes sobre su transferencia, su protección, la regulación de conductas que van en contra de su preservación y de los fines de la norma administrativa; información a la que debiera remitirse la norma penal para efectos de su tipificación, pero no se hace en muchos casos.

Los primeros precedentes normativos fueron Decretos Supremos, Decretos Leyes, y posteriormente Leyes; la primera norma fue el D.S. N° 89 en 1822, con el que se dan medidas, para la protección del patrimonio cultural de la nación; actualmente la norma vigente es la Ley N° 28296, *Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación*, que estudiaremos en éste capítulo.

c) Código penal

Ante el avance de la delincuencia cultural y las conductas de lesa cultura; y, ante la ausencia de una normativa adecuada y realista; en los años 80, se introdujo circunstancias agravatorias específicas, que otorgan un plus de antijuricidad a la conducta lesiva contra el patrimonio cultural peruano. Siendo que, con algo de retraso recién en el proyecto del Código Penal de 1990 (art. 226 a 231) y de 1991 (art. 217 a 223) se introducen disposiciones que tipifican las infracciones contra el patrimonio cultural.

En efecto con el Código penal vigente de 1991, influenciado claramente por el texto Cubano, tipifica —por primera vez en la historia del Derecho penal peruano—, determinadas conductas lesivas para el acervo cultural, integrándolas en el Título VIII “Delitos contra el Patrimonio Cultural”, Capítulo Único: “Delitos contra los Bienes Culturales”; pues, en la exposición de motivos del referido Código señala que dada nuestra riqueza cultural y nuestra tradición milenaria, el preámbulo de la Constitución Política estableció como “*principio la defensa del patrimonio cultural de la patria*”.

Por lo que, el texto de nuestra norma jurídica fundamental expresa que “los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, objetos artísticos y testimonios de valor históricos, declarados patrimonio cultural de la nación, están bajo el amparo del Estado”. La ley regula su conservación, restauración, mantenimiento y restitución, por ello se hace necesario la represión de conductas destructoras de los yacimientos arqueológicos prehispánicos, su tráfico ilegal y otras conductas lesivas a dicho bien jurídico²⁵.

Nuestra legislación tipifica de forma autónoma las siguientes conductas: los actos depredatorios o de explotación no autorizada de yacimientos arqueológicos (art. 226), favorecimiento delictivo (art. 227), extracción u omisión de retorno de bienes culturales (art. 228), agravaciones por la cualidad del agente (art. 229), y destrucción, alteración o exportación de bienes culturales prehispánicos (art. 230), conductas que serán analizadas más adelante.

Esta regulación adoptada, tuvo una positiva acogida por parte de la totalidad de las doctrinas, aceptación fundamentada en tres aspectos: a) la consideración de contar con un vasto patrimonio cultural de la nación, b) la necesidad de una autonomía del bien jurídico y, c) el reconocimiento de su naturaleza supraindividual. Así pues, se argumentó: que la tutela de valores tradicionalmente unidos, como lo son el cultural y el material, quiebra, para dar pasó a la protección específica y directa de un valor espiritualizado —el cultural— alejado de valoraciones económicas y de interés jurídico con carácter individual y material.

Sobre el particular también, se recoge la opinión de Talancha Crespo, quien justifica el novedoso Título VIII, al decir: *que es distinto el valor cultural y el valor material que encierran los bienes culturales*; la ley penal tutela únicamente el valor cultural o intrínseco que tenga, el bien. En consecuencia, la protección penal de los bienes culturales no se debe a la importancia de los materiales con que hayan sido fabricados sino por el *valor y significado histórico, científico, cívico o turístico* que tengan para la nación²⁶ dichos bienes. Posición con la cual concordamos, porque se justifica la

²⁵RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 195 y ss.

²⁶RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., p. 197.

tipificación de un título autónomo, pues, no se puede dar el mismo trato jurídico a los ilícitos de los bienes culturales y más propiamente de los bienes del patrimonio cultural de la nación, que a los regulados para los bienes comunes; ahí radica la diferencia entre los bienes culturales de los bienes comunes o aquellos que pudiesen ser catalogados de patrimonio cultural, es ese *carácter intrínseco* que hace que los bienes culturales sean únicos e invalorables económicamente, y como tal, merecedor de tutela jurídica autónoma.

Pero como se anunció, nuestra legislación adoptó un *sistema ecléctico*, y aún conserva la tipificación de circunstancias agravantes en tipos básicos patrimoniales, figuras delictivas que protegen bienes jurídicos desprovistos de connotaciones culturales. Un claro ejemplo, y frecuentemente, recurrido por los magistrados es la figura de *daños, receptación, hurto agravado, robo agravado*, entre otras que se ampliará en la parte final de este capítulo.

En esa línea, las últimas modificaciones operadas en el Código penal evidencian la voluntad legislativa de criminalizar todas aquellas conductas que supongan un atentado al patrimonio cultural, resaltando el componente colectivo y autónomo del bien jurídico protegido²⁷, pero conservando la regulación de conductas lesivas al patrimonio cultural en tipos base. Tema que trataremos más ampliamente en el segundo capítulo.

1.1.3. Protección Jurídica de los Bienes Culturales

Recogiendo las valiosas recomendaciones de la UNESCO, los Estados miembros desarrollaron sus propias legislaciones en materia de protección del patrimonio cultural, a través de diferentes técnicas que permitían proteger o amparar los bienes históricos y/o culturales gestándose tres formas de tutela: la tutela indirecta, la tutela directa y una tercera posición ecléctica, que a continuación desarrollamos:

a) Tutela indirecta

²⁷RENART GARCIA, Felipe, *ibíd.*, pp. 198 y s.

La primera forma de protección jurídica penal denominada *tutela indirecta*, recae sobre bienes culturales, artísticos, históricos o similares²⁸; se basa en la agravación de los tipos básicos²⁹, mediante la introducción de circunstancias calificativas de contenido cultural; como ejemplo en nuestra legislación, podemos citar la figura de robo, cuando la acción se configura sobre bienes del patrimonio cultural, la conducta delictiva se agrava y es tipificada como robo agravado (art. 189, inc.5 primer párrafo e inc. 4 segundo párrafo del mismo artículo del C.P.).

La principal crítica que se hace a este sistema³⁰, es que existe una sobreprotección penal hacia la propiedad privada; pues, se articula la tutela desde la materialidad y especificidad del objeto, prevaleciendo el interés individual del bien, es decir el perjuicio patrimonial que pudiese ocasionarse a su poseedor o propietario, por encima del interés general o el valor histórico, cultural, artístico, etc., que representa para la colectividad en conjunto; de manera que la titularidad del bien y, en ocasiones su valor económico son los criterios que fundamentan su mayor penalidad. Situación que se evidencia, en la sanción desproporcionada que se impone a conductas en contra del patrimonio cultural que erradamente se ubican entre los ilícitos patrimoniales como agravantes de un tipo básico (robo); pues, en nuestra legislación nacional lo que debe prevalecer es su valor cultural sobre el pecuniario, que por cierto no debe existir para los bienes del patrimonio cultural y; mas bien hay que reprochar el daño material y/o funcional ocasionado sobre el bien (valor cultural).

La *tutela indirecta* se presenta: 1. En el Código penal, 2. Simultáneamente en el Código penal y en leyes especiales y, 3. Por último, preferentemente en las leyes especiales. En el *Código penal*, además del ejemplo del robo agravado, tenemos el hurto agravado (art.186.2 segundo párrafo C.P.), el delito de daños (art.206.1 C.P.)³¹, en los cuales la agravación versa sobre bienes de interés histórico, científico, artístico o cultural³². En tanto que la regulación simultanea (norma penal y leyes especiales),

²⁸RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, edit. Comares, 2002, España, p. 182.

²⁹En nuestra legislación nacional, se puede apreciar esta modalidad de tutela en las figuras delictivas de daños²⁹ (art. 206 CP), delitos patrimoniales de hurto y robo²⁹ (art. 186, 2do párrafo, inciso 2 y art. 189, 2do párrafo, inciso 4 del CP) entre otros, como se desarrollara más adelante.

³⁰RENART GARCIA, Felipe, ibíd., pp. 182 y ss.

³¹Protección que se dio en países como Argentina (art. 184), Chile (art. 485.5 y 7), México (art. 397). En: RENART GARCIA, Felipe, ibíd., p. 182.

³²RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 184 y s. Como ocurre en las legislaciones de Paraguay, Costa Rica, Portugal y Alemania.

justifica su existencia proteccionista al intentar garantizar la ausencia de lagunas punitivas, por falta de una coordinación entre la norma administrativa y penal; situación que se encuentra plasmada en los supuestos de doble tipicidad y vulneraciones puntuales del principio de mínima intervención originadas por atentados que debieran constituirse en simples ilícitos administrativos³³, dificultando una eficaz defensa del patrimonio cultural³⁴; aunque la agravación de algunos tipos y su complementación con la ley especial, deja vacíos y afecta principios constitucionales importantes. La tercera forma de tutela indirecta mediante la regulación *exclusiva o preferente de la ley especial*³⁵, que es el único instrumento jurídico por el que se reprime la destrucción y el grave daño a los documentos inventariados; posición que resulta muy benigna, porque no hay una persecución penal a conductas graves que destruyen el patrimonio cultural y que sí ameritan una sanción más drástica.

b) Tutela directa

Posteriormente, se desarrolla un título autónomo de conductas atentatorias contra bienes culturales comprendidas dentro del cuerpo normativo, conocido como la *tutela directa*. A través de éste sistema, lo que ocurre es una desvinculación de los delitos contra el patrimonio cultural de las otras figuras delictivas de tipo base, generándose una protección específica independiente en el Código penal; ese fue un aporte de Cuba³⁶, el primer país en otorgar autonomía a los bienes jurídicos culturales³⁷.

Lo significativo de esta legislación es la ausencia de previsión del *elemento cultural* como circunstancia calificativa en los delitos contra el patrimonio —situación que aún

³³ Nuvolone, alude a guardarse de la administrativización del derecho penal, por constituir una hipocresía característica de los Estados de policía que termina con destruir de hecho los principios de legalidad y personalidad de la responsabilidad penal. En: RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 185 y s.

³⁴ RENART GARCIA, Felipe, id., pp. 185 y s.

³⁵ Caso de Suiza y México.

³⁶ La legislación Cubana de 1976 establece en los postulados de su política cultural que “el Estado vela por la conservación del patrimonio cultural y la riqueza artística e histórica de la nación” al mismo tiempo que “protege los monumentos nacionales y los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico” (art. 38). En: RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 193 y s.

³⁷ RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 193 y s. El Código Penal Cubano de 1987, dedica su Título VI a los Delitos contra el Patrimonio Cultural, divididos en cuatro capítulos, Capítulo I referido a los “Daños a bienes del Patrimonio Cultural (art. 243), Capítulo II sobre “Extracción ilegal del país de bienes del patrimonio cultural (art. 244), Capítulo III respecto de la “Transmisión, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural y falsificación de obras de arte” (art. 245 y 246) y el Capítulo IV sobre “Exploración arqueológica ilegal” (art. 247).

se mantiene en nuestra legislación nacional—, en clara disensión con el resto de legislaciones de su entorno cultural. La iniciativa de esta legislación penal de tipificar en capítulo autónomo, los atentados contra el patrimonio cultural, como refiere Renart García merece una lectura altamente positiva al reflejar, no sólo, una especial sensibilidad y preocupación por salvaguardar su acervo cultural sino, principalmente, una plausible captación del valor y de la función de los bienes culturales sobre el conjunto de la sociedad. Sistema que ha sido imitado por otras legislaciones, como la nuestra, al regular por primera vez, el Título VIII Delitos contra el Patrimonio Cultural en el Código penal de 1991 de forma acertada, aunque la técnica de redacción y la conformación de los tipos descritos no sea la más conveniente, como analizaremos más adelante.

c) Posición ecléctica

Finalmente, la *posición ecléctica* regula paralelamente al título autónomo, las figuras delictivas que constituyen circunstancias agravantes de tipos básicos y las normas especiales y/o administrativas.

De las tres posturas, considero que lo ideal es mantener el tipo autónomo, en el que se recogen todas las conductas lesivas al patrimonio cultural tipificadas en la norma penal, pero una vez revisada su correspondiente responsabilidad penal y sanción a imponer; porque, las circunstancias agravantes de tipos básicos, afectan el *principio de lesividad y proporcionalidad*; ya que, las penas resultan excesivas en relación a la conducta desplegada por los agentes, es el caso de la sanción impuesta por el delito de robo de un bien cultural (tipo penal agravado) frente a la destrucción del mismo bien (tipo autónomo); donde el primero tiene una pena mayor —entre 12 a 20 años— en relación a la segunda conducta —de 3 a 8 años— que extingue el bien cultural. Pero además, creo que debe conservarse la regulación especial del patrimonio cultural, en la cual se defina conceptos, se establezcan criterios de protección, se detalle funciones de los órganos encargados de su protección y se establezca sanciones para las infracciones leves al patrimonio cultural, entre otros aspectos que deben estar detallados en la norma administrativa.

1.2. REGULACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

1.2.1. La Finalidad de las Normas Administrativas

Una clásica polémica ha sido respecto a cuál es, el objeto de protección real de las normas penales y administrativas, siendo que la vulneración de ambas constituye una infracción; interrogante que nos permite establecer no sólo diferencias, sino más adelante, fijar los ámbitos de responsabilidad de cada uno.

Al respecto, se señala³⁸ que una principal distinción entre ambas infracciones —penal y administrativa— es *cuantitativa*, atendiendo a la gravedad de los hechos. Pues, el fin del *derecho penal* es la protección de bienes jurídicos; en tanto que, la finalidad del *derecho administrativo* consiste en el bienestar de la colectividad, no considerado como bien jurídico. A partir de esta premisa algunos autores³⁹, diferencian entre *antijuricidad* y *antiadministratividad*; la primera consiste en un daño a bienes jurídicos, cuyos portadores pueden ser individuales y/o colectivos; mientras que la *antiadministratividad*, supone la infracción de un mandato de la administración.

Consecuentemente, el *injusto criminal* se caracteriza por el daño o puesta en peligro de bienes jurídicos; mientras que el *ilícito administrativo* consiste en una pura desobediencia a los mandatos de la administración, dictados sobre la base de una autorización legal.

En tal sentido, las *infracciones administrativas* constituyen ilícitos puramente formales, que se agotan en la desobediencia de mandatos y prohibiciones establecidos positivamente, por lo que su gravedad sería mínima. Cristina Guisasola, refiere que el ilícito administrativo no constituye una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino que supone una lesión del interés de la administración en el bienestar público, por lo que constituye un conjunto de infracciones de menor relevancia, las denominadas contravenciones, infracciones administrativas o infracciones de orden.

³⁸GUISASOLA, Lerma Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 301.

³⁹GUISASOLA, Lerma Cristina, ibíd., pp. 301 y s.

Concluiremos indicando que, el *interés protegido* de la Ley general del patrimonio cultural, al igual que las otras normas administrativas, consiste en *proteger el cumplimiento de la disposición administrativa*; además, está entre su *finalidad la promoción del bienestar de la colectividad*. Este último implica la necesidad individual y colectiva de conocer y usar el patrimonio cultural, esencial para su desarrollo y ubicación en el contexto histórico, social y cultural.

Por lo cual: “los ataques contra el patrimonio histórico suponen un empobrecimiento del conocimiento de la evolución de la civilización, de las raíces y orígenes de la humanidad, de la aportación de cada generación a la historia del mundo⁴⁰. Por ello nos incumbe como meros depositarios y circunstanciales usufructuarios, transmitir un legado que pertenece a la colectividad y traspasar una herencia recibida, enriqueciéndola aún más, a quienes nos sucedan en el futuro”. Por esa razón, la defensa del patrimonio histórico y/o cultural⁴¹ no debe realizarse exclusivamente a través de normas que prohíban determinadas acciones o limiten ciertos usos [normas penales y administrativas], sino, a partir de disposiciones que estimulen su conservación y, en consecuencia, permitan su disfrute y faciliten su acrecentamiento; por lo que el objetivo de la ley debe ser también asegurar la protección y fomentar el conocimiento de la cultura material, lo que en definitiva conduce a permitir el acceso de los ciudadanos a los bienes que constituyen el patrimonio histórico. Situación que también se encuentra contenida en la norma administrativa, pero cuya infracción no resulta más grave que las normas fijadas en la legislación penal.

1.2.2. El Objeto Material de Protección

Para determinar cuál es el objeto de protección en la ley especial del patrimonio cultural, hay que remitirnos al art. II del Título Preliminar de la Ley N° 28296, que comprende bienes que ya habían sido declarados por convenios internacionales

⁴⁰ RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., p. 16.

⁴¹ MAGAN PERALES, José M., La circulación ilícita de bienes culturales, Edit. Lex Nova, España, 2001, p. 209. En esta misma perspectiva, Álvarez Álvarez manifiesta: “Cada generación es simplemente depositaria y usufructuaria de este patrimonio, pero su obligación es conocerla, empaparse de él, disfrutarlo y enriquecerlo... *tiene el derecho de usar, pero no de abusar de él, y tiene una obligación de restitución o entrega a los que le sucederán*”.

suscritos y recogidos de forma dispersa por la legislación nacional; con lo establecido en esta Ley se supera la controversia que había generado la anterior Ley N° 24047, que señalaba que el patrimonio cultural de la nación estaba *constituido por los bienes enumerados en los art. 1 y 4 del Convenio de la UNESCO-1972 y en el art. 1 y 2 del Convenio de San Salvador-1976* (art. 2 de la misma Ley 24047); respecto a lo cual el autor Martorell manifestó que si son organismos internacionales los que reconocen o declaraban tal condición, no se requiere de la declaración nacional expresa. Situación que se superó en la legislación actual con una mejor redacción.

Pues, si en la aplicación de los dispositivos penales, recurrir a la norma especial resulta complicado, lo sería aún más, recurrir a los tratados internacionales, por lo que, era necesario que una norma especial nacional establezca el objeto de protección y los caracteres que permitan diferenciarlos de los bienes comunes, los mismos que no se alejan de las definiciones internacionales.

1.2.2.1. Características que definen los bienes del patrimonio cultural

La propia ley define de forma clara y precisa el término patrimonio cultural de la nación; a partir de lo cual, podemos establecer caracteres que deben concurrir simultáneamente para que un bien adquiera tal calidad y amerite protección. Es bien integrante del patrimonio cultural de la nación según ley⁴²:

a) Toda manifestación del quehacer humano – material o inmaterial.

Como manifestación del quehacer humano, debemos entender todas aquellas creaciones del hombre que aún se mantienen presentes, ya sea que se trata de creaciones materiales, cuya particularidad principal es su tangibilidad; en tanto que los bienes inmateriales son aquellas creaciones del hombre intangibles, que se mantienen en el tiempo y se expresan a través de la práctica viva de las gentes, como son los cantos, danzas, cuentos, etc. Definición que resulta amplia y general, cuidando de excluir alguna forma de bien cultural.

⁴²Congreso de la República, Art. II Ley 28296 Ley general del Patrimonio Cultural de la Nación.

b) Bienes con importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual.

Además de tratarse de bienes en los cuales hubo la intervención de la mano del hombre, los bienes tienen una importancia, un valor y significado particular, traducido por la ley desde diferentes perspectivas⁴³: *Paleontológico* porque a través de rocas o árboles fosilizados que se conservan en las capas de la corteza terrestre, explican los orígenes y la formación de las primeras formas de vida orgánica en nuestro territorio nacional; conocido por otros autores como interés paleontológico⁴⁴; *Arqueológico* interés arqueológico⁴⁵, a partir de vestigios materiales y evidencias legado por las primeras civilizaciones, se reconstruye la historia de la humanidad, desde sus orígenes hasta nuestros días; *Arquitectónica*, por medio del cual se conoce el arte de edificar y construir de los pueblos, además proporciona información sobre la evolución de la sociedad en sus diferentes etapas y estadios; y, permite comprender su organización e interconexión de los habitantes con otras culturas; *Histórico*, los bienes de interés histórico⁴⁶ son aquellos que constituyen la manifestación material de acontecimientos relevantes en el devenir del hombre y que permiten dar a conocer, su ubicación temporal y espacial, las claves para un correcto entendimiento de la existencia, desarrollo o extinción de determinada civilización; *Artístico*, porque a través de ella conocemos las diferentes formas de expresión, manifestación material o inmaterial de cada pueblo, conocido también como interés artístico⁴⁷ que es el resultado de la actuación del hombre sobre la materia, entre estos podemos mencionar la cerámica, la joyería, la orfebrería y cuantos objetos materiales resulten de la aplicación de habilidades, técnicas o

⁴³El Consejo de Monumentos de Chile, explica los distintos tipos de valor de los bienes de la siguiente manera: **Valor Estético**, incluye aspectos de percepción sensorial para lo cual se deben establecer criterios que pueden incluir consideraciones de forma, escala, color, textura y materialidad. **Valor Histórico**, abarca la historia de la estética, de la ciencia o la soledad, por lo tanto, está relacionado con el resto de los valores, un lugar u objeto puede tener valor histórico porque ha influido o ha sido objeto de la influencia de un evento o personaje destacado. **Valor Científico**, el valor científico o potencial de investigación de un lugar u objeto dependerá de la importancia de la información que en él exista, de su rareza, su calidad y su capacidad representativa. **Valor Social**, abarca las cualidades por las cuales un lugar u objeto se ha convertido en un foco de sentimientos espirituales, nacionales, políticos o culturales para un grupo humano. RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico de bienes culturales, ob.cit., pp. 80 y s.

⁴⁴RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 24 y s.

⁴⁵RENART GARCIA, Felipe, id., pp. 25 y s.

⁴⁶RENART GARCIA, Felipe, id., pp. 22 y s.

⁴⁷RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 19 y s.

procedimientos artesanales; *Militar*, brinda información sobre el carácter aguerrido de algunos pueblos a través de sus técnicas y estrategias de conquista a otros pueblos, como de sus diferentes formas de gobierno, etc.; *Social*, por medio de la cual conocemos la estructura social de cada pueblo, su organización y funcionamiento; *Antropológica*, que brinda información sobre los diversos grupos humanos existentes y sus formas de organización; *Religioso*, que nos permite atestiguar sus creencias, mitos o dogmas que rigieron sus vidas; *Etnológico*, conjuntamente con el interés etnográfico⁴⁸ estudian las razas y los pueblos en todos sus aspectos y relaciones, por su parte el patrimonio *etnográfico* proporciona una serie de elementos integrantes de la cultura popular que conforman el patrimonio inmaterial, tal es el caso de tradiciones, ritos, fiestas populares entre otros; *Científico y tecnológico*, que atestigua los conocimientos técnicos y científicos alcanzados y aplicados en el desarrollo social, los objetos de interés técnico⁴⁹ alude a todos aquellos procedimientos y métodos ideados, aunque no siempre ejecutados por el hombre y que ponen de manifiesto su habilidad y pericia; *Intelectual*, nos participan de las enseñanzas, conocimientos, destrezas, habilidades o información que proporcionan los pueblos a las generaciones venideras. Todos esos son los caracteres peculiares, con los que debe contar todo bien del patrimonio cultural de la nación, de forma indistinta.

c) Bienes que sean expresamente declarados como tal o sobre el que exista la presunción legal

Tal vez, éste sea uno de los caracteres más controvertidos en la definición de lo que constituye bienes integrantes del patrimonio cultural, y el que determina el tipo de tutela jurídica adoptada por la legislación. Por lo que trataremos ampliamente más adelante.

Respecto a la declaración de los bienes culturales, la Ley establece que es función de los entes encargados: registrar, declarar y proteger el patrimonio cultural de la nación⁵⁰. Por *registro*, se entiende en su ascensión simple la anotación en un texto escrito o impreso, o cualquier otro medio, la cual permita perpetuar información

⁴⁸RENART GARCIA, Felipe, id., pp. 26 y s.

⁴⁹RENART GARCIA, Felipe, id., pp. 28 ys.

⁵⁰Art. VII, Título Preliminar de la Ley general del Patrimonio cultural, Ley 28296.

y conocimiento de los bienes culturales⁵¹; por *declaración*, en el ámbito jurídico, equivale a un pronunciamiento que define una calidad o un derecho⁵², en este caso es el pronunciamiento administrativo de que el bien es reconocido como patrimonio cultural de la nación; y por *proteger*, en su acepción simple implica los verbos: amparar, favorecer, defender, resguardar de un posible daño o peligro, etc.⁵³, como ocurre o debe ocurrir, con los bienes integrantes del patrimonio cultural.

La declaración de los bienes culturales es competencia de determinados organismos conforme lo señala el art. 8 del Reglamento de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación (D.S. N° 011-2006-ED).

En cuanto a la presunción, contenida en el art. III de la Ley N° 28296 se resalta que la presunción recae sobre todos “...los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada...”, y que obviamente “tengan la importancia, el valor y significado...” que la ley establece; tratándose de una presunción *Juris Tantum*, porque corresponde demostrar al agente lo contrario; es decir, que el bien no es parte del patrimonio cultural de la nación. A fin de justificar algunas conductas que resultan ilícitas, sí recaen sobre bienes culturales.

Pero según lo manifestado en éste carácter, los bienes del patrimonio cultural de la nación, están comprendidos por bienes que cuentan con un reconocimiento administrativo vía un documento y bienes sobre los que únicamente existe presunción de su condición de bienes con valores históricos, etnológicos, artísticos, etc.

d) Titularidad de los bienes culturales: Los bienes tienen la condición de propiedad pública o privada.

⁵¹ CONICYT, Ministerio de Educación, Museo Nacional de Bellas Artes. Inventario y Catalogación del Patrimonio Cultural. Proyecto Regional de patrimonio Andino. UNESCO/PNVD, 1977, p. 75.

⁵² Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, edit. Océano, España, p. 307.

⁵³ Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, edit. Océano, España, p. 801.

Los bienes culturales pueden ser de propiedad del Estado o de particulares⁵⁴, sin embargo; independientemente de quien tenga la propiedad del bien, están protegidos por el Estado, y sujetos al régimen especial de la ley⁵⁵.

En cuanto a la sujeción de los bienes integrantes del patrimonio cultural, ya sea que se traten de bienes de propiedad pública o privada, están sujetos a medidas y limitaciones que establece la ley especial para su efectiva y adecuada conservación y protección⁵⁶; entre éstas limitaciones está, la señalada en el art. 5 de la presente Ley, en la que se manifiesta la exclusiva propiedad del Estado que recae sobre los bienes muebles o inmuebles aún no descubiertos, y en caso se trate de bienes ubicados en propiedad privada conservan su condición, sujetándose a limitaciones de la ley; pues, la extracción, remoción no autorizada, comercialización, transferencia u ocultamiento de estos bienes, constituyen ilícitos penales. Aspecto sobre el cual abordaremos ampliamente más adelante.

1.2.3. Evolución histórica de la regulación del Patrimonio cultural

El aspecto de nuestro mayor interés, son las infracciones administrativas sobre el PCN; donde una *infracción administrativa* es aquella conducta contraria al ordenamiento (conducta antijurídica), que además está tipificada en una norma y a la que la misma ley atribuye una sanción administrativa⁵⁷; además, se exige el requisito de la culpabilidad⁵⁸ para ser considerada como tal. Entendida también, como acción u

⁵⁴Según ley, tratándose de bienes inmateriales integrantes del patrimonio cultural de la nación, por su naturaleza, estos pertenecen a la nación, ninguna persona natural o jurídica puede arrogarse la propiedad de algún bien cultural inmaterial, siendo nula toda declaración en tal sentido, haya sido o no declarado como tal por la autoridad competente. Art. 2, Capítulo I, Título I, Ley 28296, Ley general del Patrimonio Cultural de la Nación.

⁵⁵Art. V, Título Preliminar de la Ley 28296, Ley general del Patrimonio cultural de la nación.

⁵⁶Art. 3, Capítulo II, del Título I, de la Ley 28296, Ley general del Patrimonio cultural de la nación.

⁵⁷REBOLLO PUIG, Manuel y Otros, "Panorama del Derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos." Estudio Socio-Jurídico, Bogota, Colombia, enero-junio 2005, p. 25. Las sanciones administrativas tienen un contenido aflictivo, consisten en un mal, en un perjuicio que se impone a un ciudadano, han de entrañar una privación o restricción de derechos o de cualquier ventaja, o el surgimiento de nuevos deberes; si no tiene carácter aflictivo, no puede ser un castigo. Aunque ese mal no sirve para restablecer la legalidad o la realidad física alterada o los valores lesionados, ni para compensar el daño producido, ni para imponer la conducta correcta.

⁵⁸REBOLLO PUIG, Manuel y Otros, id., p. 37. Para imponer sanciones administrativas se exige que la conducta ilícita haya sido cometida voluntariamente y con culpabilidad, es decir, o con dolo o con negligencia, igual que en el derecho penal. El requisito de la culpabilidad no impide que se pueda sancionar a personas jurídicas, aunque esta culpabilidad se adapta a sus peculiaridades: en general, se exige dolo o culpa a las personas físicas que dirigen la persona jurídica.

omisión antijurídica, típica y culpable para la cual la ley prevé la imposición de una sanción por autoridad administrativa⁵⁹.

Algunas de las disposiciones administrativas más importantes sobre el patrimonio cultural de la nación, son las siguientes⁶⁰:

- El Decreto Supremo N° 89 del 02 de abril de 1822 —refrendado por Torre Tagle—, es el primer precedente jurídico del Perú republicano sobre protección del patrimonio cultural. Por medio de ésta norma se crea el Museo Nacional⁶¹, que es la primera institución encargada de la protección de bienes culturales, inicialmente los muebles.

Coincidentemente, a partir de esta fecha, el Estado asume la posesión legal de los bienes culturales muebles, los mismos que tenían autorización para circular libremente dentro del país, pero con restricciones para su exportación; en tanto que, los monumentos (bienes inmuebles) pasan a ser propiedad exclusiva de la nación.

Por otra parte, la extracción de piedras, minerales, obras antiguas de alfarería, tejidos y demás objetos que se encontraban en las huacas, fue absolutamente prohibida. El gobierno otorgaba licencia con propósitos de utilidad pública y sancionaba el incumplimiento de esta disposición con la pérdida de la especie y una multa de 1000 pesos.

- Decreto Supremo N° 433 del 3 de junio de 1836, norma que declara vigente la prohibición del D.S. N° 89 (02/04/1822), de extraer minerales y antigüedades.
- Decreto Supremo del 27 de abril de 1893, norma en la cual, el Estado considera que las exploraciones realizadas en huacas y ruinas se han llevado a cabo sin orden; por tanto, prohibió excavar en huacas, fortalezas y templos, sin

⁵⁹REBOLLO PUIG, Manuel y Otros, “Panorama del Derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos”, id., p. 26.

⁶⁰VALENCIA GIBAJA, Fabricio Alfredo, “El tráfico ilícito de bienes culturales en el Perú”, (16/06/08), <http://blog.pucp.edu.pe/item>.

⁶¹MORON LEÓN, Ana Miluska y Socorro Cristina Vargas Huamani, “Análisis de la Regulación Urbanística de los bienes inmuebles declarados patrimonio histórico cultural a partir de la experiencia en el Distrito del Rímac: des eficiente la normativa peruana vigente?”, Tesis de Licenciatura PUCP, Lima, Perú, 2006.

licencia. Asimismo, declaró por primera vez, como monumentos, a las construcciones anteriores a la conquista y, declaró de interés público su conservación. Se creó la Junta Conservadora de Antigüedades Nacionales, a la que encargó la atribución de entregar licencias para poder excavar en huacas. También dispuso que todos los objetos encontrados, pertenecerían al que solicita la licencia, teniendo éste la obligación de entregar al Estado un duplicado de cada uno de los objetos que descubra o copias fotográficas si no se tuviese duplicados.

- Decreto Supremo del 11 de junio de 1921, esta norma prohíbe en absoluto la extracción, destrucción y exportación de los monumentos arqueológicos; asimismo, precisa que el Gobierno podrá conceder autorización para extraer o exportar objetos del patrimonio cultural, únicamente a instituciones científicas del país o del extranjero, siempre que el trabajo se ejecute bajo la dirección inmediata de arqueólogos profesionales o de científicos de reputación internacional y, bajo la vigilancia del personero que el Gobierno designe. Señala que los objetos extraídos con la autorización del Gobierno serán debidamente registrados. Dispone el decomiso de todo objeto o colección arqueológica que se pretenda extraer del país sin el permiso respectivo y que las personas que ordenen, ejecuten o cooperen a la extracción, destrucción o exportación clandestina de objetos arqueológicos sufrirán a juicio del Gobierno la imposición de una multa.
- Ley N° 6523 del 19 de febrero de 1929, norma que regula la protección de los bienes de la época colonial y, encarga al Patronato de Arqueología Departamental de Cusco, la conservación y vigilancia de los monumentos, obras de arte, pintura y demás de la época colonial.
- Ley N° 6634 del 13 de junio de 1929, Ley que es particularmente importante en la historia del país, porque, establece expresamente que los monumentos históricos existentes en el territorio nacional anteriores a la época virreinal — construcciones prehispánicas—, son de propiedad del Estado⁶²; por lo que el

⁶²ALVA, DE TRAZEGNIES y Otros, Patrimonio cultural del Perú I, Edit. Fondo Edit. Del Congreso del Perú, Perú-2000, p. 43. A través de esta ley, se autorizó la expropiación de terrenos para consolidar la propiedad del

derecho de la nación sobre éstos monumentos es inalienable e imprescriptible. De igual forma, dispone que pertenecen al Estado, los restos humanos, tejidos, artefactos de madera, oro, plata y demás objetos de cualquier otra naturaleza y aplicación, contenidos en los monumentos históricos, aún cuando se descubran o extraigan de terrenos de propiedad privada; pero, se mantiene el dominio privado de los bienes culturales muebles descritos anteriormente, que a la promulgación de la presente ley se encuentren en poder de particulares; de esta forma se reconoce la propiedad privada sobre los otros inmuebles en terreno superficial.

En esta disposición se encuentra interesantes prohibiciones: no estaba permitida las excavaciones o exploraciones en yacimientos arqueológicos que no contaban con las autorizaciones respectivas, bajo pena de multa o responsabilidad penal; autorizaciones que correspondían cuando lo solicitaban las corporaciones científicas nacionales y extranjeras o personas naturales nacionales o extranjeras, previo informe del Patronato Nacional de Arqueología. Así también, se prohibía exportar objetos arqueológicos, sean de propiedad privada o pública, sancionando al sujeto que realice directa o indirectamente exportaciones clandestinas con pena del decomiso del bien cultural y además con multa.

- Resolución Suprema N° 689 del 28 de mayo de 1931, establece el registro de especies arqueológicas en el Museo Nacional, otorgando un año improrrogable, para que los tenedores o poseedores de objetos peruanos de la época precolombina, procedan a inscribirlos en el mencionado registro, bajo apercibimiento de que los bienes no inscritos se reputaran como propiedad del Estado. Por otro lado, la norma también establece, que en el mismo registro se inscriba las traslaciones de dominio de objetos arqueológicos, la omisión hace que la transacción de dominio carezca de validez. Asimismo, se reconoce el derecho de retracto por parte del Estado; y los poseedores de especies precolombinas, quedaban obligados a dar aviso al Patronato de su jurisdicción

Estado sobre los inmuebles, aunque en la práctica no se llegó a expropiar un solo terreno. Aún hoy en día se aprecia reclamaciones de propietarios del terreno, sobre el que se ubica la majestuosa ciudadela de Machupicchu, por cuanto se encuentra en terrenos privados de una hacienda inscrita en los Registros públicos.

de toda transferencia que pretendían realizar; no pudiendo perfeccionar la transferencia sino ha transcurrido un plazo de 15 días. Las exportaciones que autorizaba el Patronato Nacional de Arqueología era válida, y sólo podía referirse a especies debidamente registradas en la categoría de duplicados o multiplicados, quedando prohibida la salida al extranjero de especies consideradas únicas. Finalmente la norma señala que el no registro acarreará la imposición de multa.

- Decreto Ley N° 7212 del 2 de julio de 1931, dispone la conservación de monumentos antiguos de la época precolombina y la ley N° 6523, confiere al Patronato del Cusco el cuidado de los bienes del periodo del virreinato; y existiendo importantes restos de carácter histórico y artístico en toda la república, se decretó que el Patronato Arqueológico Nacional y los Departamentos; ejerzan supervigilancia y control sobre los monumentos virreinales peruanos. Al advertirse un vacío en la Ley N° 6634 en relación de los bienes de la época colonial, se busco subsanarlo con este dispositivo.
- Resolución Suprema N° 170 del 16 de abril de 1932, dispone: que la policía está obligada a detener a los excavadores clandestinos, incautar las especies arqueológicas y remitirlas al Patronato Departamental correspondiente en Provincias y, en Lima al Museo nacional. Dispone también, que los administradores de las aduanas, tengan la obligación de remitir información detallada de los objetos arqueológicos que ingresaban, o de los que se intente retirar del país. Esta relación debía ser remitida al Museo nacional, siendo responsables los funcionarios por la exportación clandestina de especies arqueológicas.
- Resolución Suprema N° 94 del 31 de marzo de 1933, que constituye el Reglamento de la Ley N° 6634, bajo esta norma, no estaba permitido la exportación de objetos arqueológicos sin autorización previa y expresa del Gobierno, sean de propiedad pública o privada, su incumplimiento tiene como sanción el decomiso de los objetos más una multa de 100 a 1000 soles.

- Resolución Suprema de 3 de abril de 1945, prohíbe la exportación de documentos originales que se relacionen con la historia del Perú.
- Decreto Supremo del 27 de octubre de 1947, reglamenta la exportación de especímenes arqueológicos y su solicitud de exportación se presentaba ante el Ministerio de Educación Pública, debiendo entregarse los objetos que se desean exportar al Museo de Antropología y Arqueología, siendo la Dirección del precitado Museo quien determinaba si los bienes eran exportables. Los objetos que podían ser exportados, antes de salir del país, debían ser debidamente acondicionados y embalados únicamente por el Museo, y embarcar las especies arqueológicas por el Puerto del Callao o por el Aeropuerto de Limatambo; en caso de requerirse el uso de otro puerto o terminal aéreo, se debía autorizar mediante una Resolución Suprema. De incumplirse el procedimiento señalado, las autoridades de Aduana decomisaran y remitirán al Museo todas las piezas que se trataban de embarcar o fueron embarcadas.
- Decreto Supremo del 30 de mayo de 1950, prohíbe la salida de objetos prehistóricos o históricos, inclusive documentos anteriores a 1821, mientras no pase el estado de reconocimiento, motivado por el sismo del 21 de mayo de 1950; asimismo, dispone que los documentos, bienes muebles e inmuebles de las mismas épocas, que a criterio del Patronato Departamental de Arqueología o de la Comisión Departamental del Consejo Nacional de Conservación y Restauración de Monumentos Históricos y Artísticos son indispensables para la reconstrucción del Cusco, no podrán ser enajenados ni objeto de transacciones comerciales.
- Ley N° 12956 del 20 de febrero de 1958, prohíbe exportar todo objeto de valor arqueológico o histórico, incluyendo las obras de arte que sean consideradas como integrantes del patrimonio cultural de la nación; con la salvedad de que por Resolución Suprema se pueden otorgar permisos de salida pero, solo para estudio y difusión de la cultura peruana; por otro lado, establece el registro permanente a cargo del Patronato Nacional de Arqueología y el Consejo

Nacional de Conservación y restauración de Monumentos Históricos y Artísticos.

- Decreto Ley N° 14479⁶³ de 1963, que dio origen al Instituto Nacional de Cultura, que inicialmente se denominó *Casa de la Cultura*; cuyo fin inicial era: promover y difundir todas las formas y expresiones culturales, especialmente aquellas que contribuyan a la afirmación de los valores nacionales; así como fomentar la cultura peruana en base al respeto de los rasgos diferenciados de sus manifestaciones culturales y regionales, democratizar la cultura y favorecer el desarrollo crítico y creativo del hombre peruano⁶⁴. Convertido ésta, en la institución más importante del momento, ulteriormente se encargó de la protección, conservación y administración en todo lo referente al patrimonio cultural de la nación. Todas estas leyes fueron recopiladas en la Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación, la misma que posteriormente sería modificada.
- Ley N° 24047, Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación⁶⁵, es la primera ley especializada en el patrimonio cultural, desde su promulgación⁶⁶ resultó siendo controvertida; a partir de su dación generó posiciones opuestas, unos a favor y otros en contra.

Las argumentaciones positivas manifestaban que se trataba de una buena y avanzada ley en el continente, que se encuadraba dentro de la legislación nacional e internacional; aunque en el momento de su dación, ya se regulaba en la Constitución y en el Código penal y, ofrecía todas las condiciones para la defensa del patrimonio cultural. Por otra parte, las posiciones en contra referían que dicha norma respondía a los intereses de influyentes

⁶³Dada en el gobierno de la Junta Militar de 1963, presidida por el General Nicolás Lindley.

⁶⁴MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., pp. 236 y s.

⁶⁵Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación, promulgada el 03 de enero de 1985, entro en vigencia el 05 de enero de 1985.

⁶⁶TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit., pp. 126 y s. Conforme narra Talancha Crespo, el proyecto de ley se aprobó el 13 de diciembre de 1984 por la Cámara de Senadores; pero, no era el mismo que originalmente se aprobó en la Cámara de Diputados; razón por la cual antes de su promulgación por el Ejecutivo, con Oficio N° 1478-DG-INC-84 de fecha 20 de diciembre de 1984 el Director General del INC Augusto Tamayo Vargas, solicitó al presidente Fernando Belaunde Terry observe el aludido proyecto, por ser lesivo a los intereses del Estado; sin embargo, se promulgo la referida ley con las modificaciones cuestionadas.

coleccionistas y traficantes de arte; por lo que la ley recibió los calificativos de privatista, antinacional, entreguista entre otros adjetivos. En conclusión, la norma promulgada no protegía nuestro patrimonio cultural en forma absoluta, la razón principal⁶⁷ era que al igual que la Constitución de 1993, reconocía la existencia de la propiedad privada sobre los bienes muebles prehispánicos, los mismos que fácilmente podían ser transferidos y transportados al exterior, o ser objeto de deterioro por los titulares, sobre todo si no existía registro de su existencia y posesión.

Entre los vacíos y controversias que se acusaban a la citada ley, están las siguientes:

Un primer dispositivo objeto de controversia y que fue modificado⁶⁸ posteriormente, es el art. 4 de la Ley N° 24047, referente a la titularidad de los inmuebles prehispánicos; en el texto inicial se omitió señalar la titularidad del Estado sobre estos bienes; y con afán privatista y mercantilista mas bien se reconocía la propiedad privada, facilitando y legalizando la comisión de hechos punibles como el comercio y las extracciones ilegales. Sobre este punto, Ferdinand Cuadros Villena⁶⁹ manifestó: *esta desorganización sobre el derecho de propiedad ha conducido a un alarmante estímulo al tráfico y comercio de estos bienes, a sabiendas de que el lucro fue —y será— siempre estímulo de su exportación, destrucción, deformación o mutilación*. A esta opinión, nosotros añadimos que será además causa, de las excavaciones clandestinas, los robos y demás delitos contra el patrimonio cultural.

Ante este vacío e imprecisión, se dictó el Decreto Supremo N° 16-85-DE que constaba de tres artículos: en el *primero* establece el carácter de intangible, inalienable e imprescriptible de los bienes muebles e inmuebles de la época prehispánica; en el *segundo* determina que los bienes inmuebles de la época virreinal y republicana para ser patrimonio cultural debían ser expresamente

⁶⁷ALVA, DE TRAZEGNIES y Otros, Patrimonio cultural del Perú I, edit. Fondo Edit. Del Congreso del Perú, Perú, 2000, p. 46.

⁶⁸Modificado por Ley N° 24193 del 6 de junio de 1985: “Son bienes de propiedad del Estado los inmuebles culturales prehispánicos de carácter arqueológico, descubiertos o por descubrir. Son imprescriptibles e inalienables(...)”.

⁶⁹TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit., pp. 131 y s.

declarados; el *tercero* prohibía la salida de objetos arqueológicos del país, así como la excavación, modificación o demolición de los lugares arqueológicos⁷⁰. Con ellos se trató de cubrir las graves falencias de la Ley N° 24047.

Siguiendo con los dispositivos cuestionados, también encontramos la autorización que fácilmente se otorgaba para la salida de los bienes culturales al exterior⁷¹; este dispositivo (art. 13 Ley N° 24047) guardaba estrecha relación con los art. 228 y 230 del Código penal, que reprimen la salida sin autorización o la no devolución de los bienes culturales; norma que hizo merecer calificativos que expresaban un completo rechazo, porque permitía la salida al extranjero sin una garantía de ser retornados nuestros bienes culturales, bajo los pretendidos fines de ser exhibidos con fines científicos, culturales y otros que señala la norma, escondiendo el real interés de despojo del patrimonio cultural [del cual somos objeto aún hoy en día].

Además, la Ley N° 24047 en su art. 14 reconoce, la propiedad privada sobre los bienes culturales y admite la transferencia o enajenación de los mismos⁷², como lo anota Talancha⁷³; se reguló sin tenerse en cuenta que algunos bienes culturales tenían el carácter de inalienables e imprescriptibles, y como tal no podían ser objeto de compra y venta libremente por estar fuera del comercio civil. Norma que resulta contradictoria con el primer artículo del D.S. N° 16-85-ED del 22 de febrero de 1985, cuando declara que, son intangibles, inalienables e imprescriptibles los bienes culturales prehispánicos pertenecientes al patrimonio cultural de la nación. Dispositivo que muy a pesar, ratifica el espíritu privatista y legaliza la conducta delictuosa de comerciantes y traficantes de bienes culturales.

⁷⁰LAZO MAMANI, Oscar, “Identidad personal y patrimonio cultural”, en: Revista de Derecho YACHAQ N° 1, Edit. Pozo, Cusco Perú 2001, pp. 138 y ss.

⁷¹Ley 24047, art. 13: “Los bienes muebles del Patrimonio cultural de la nación, no pueden salir del territorio nacional sin autorización previa otorgada mediante Resolución Suprema, la que *procede en los casos de ser exhibidos con fines científicos, artísticos y culturales, o para ser estudios o trabajos de restauración especializada, previa opinión de los organismos señalados (...)*”.

⁷²Ley 24047, art. 14: “*Dentro del país, pueden los bienes culturales ser objeto de transferencia de propiedad así como de traslado de ubicación, con excepción de las partes integrantes de un inmueble declarado bien cultural o de piezas de un conjunto de bienes que tienen vinculación entre sí o integran colecciones registradas en el órgano competente, que requieren la autorización previa del INC*”.

⁷³TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit., p. 133.

De similar forma y con espíritu privatista regulaba el art. 21 de la ley⁷⁴, cuando prohíbe la negociabilidad de los bienes culturales, y mas bien señala que el INC, el Archivo General de la Nación y la Biblioteca Nacional, debían inscribir y autorizar a las personas naturales o jurídicas que se dediquen a tal actividad. Nuevamente se atenta el carácter inalienable de los bienes culturales y se faculta el funcionamiento de establecimientos comerciales, aparentemente de manera legal pero que en realidad auspician la formación de mercados libres de bienes culturales y esconden actividades delictuosas de comercio y tráfico⁷⁵. Como expresó Ferdinand Cuadros Villena⁷⁶, con este dispositivo se abrió las puertas del tráfico comercial de los bienes culturales, por los que dicen tutelarlos, otorgando privilegios a quienes se dedican al tráfico y fomentan la desaparición o disminución del valor cultural de los bienes.

Finalmente, contribuye al cuestionamiento de la Ley N° 24047, la Cuarta Disposición Final que deroga importantes normas tutelares del patrimonio cultural; como era el caso de: la Ley N° 6634 de 1929, que prohibía “...todo acto de exploración o excavación de los yacimientos arqueológicos que no sean exprofesamente autorizados por el gobierno”; la Ley N° 9630 de 1942 que “prohibía la salida de objetos de carácter histórico o artístico del departamento del Cusco”; el art. 1 de la Ley N° 12956 de 1958 que “prohibía la exportación de todo objeto de valor arqueológico o histórico, incluyendo las obras de arte que sean declaradas como integrantes del patrimonio cultural de la nación”; el art. 1 del D. Ley N° 18780 de 1971 que “prohibía la exportación de objetos, fragmentos y/o restos arqueológicos, históricos y artísticos, sean de propiedad del Estado o de propiedad privada aun con carácter provisional”.

⁷⁴Ley 24047, art.21: “Las personas naturales o jurídicas que se dediquen al comercio de bienes culturales muebles, se inscribirán en el padrón que con este fin establecerán los organismos competentes señalados en el Art. 6 debiendo presentar a aquel la relación de los objetos materia de su actividad. Para obtener la licencia de funcionamiento se requiere la inscripción en el padrón referido”.

⁷⁵En el centro histórico de la ciudad del Cusco, en más de una oportunidad se han intervenido locales que aparentemente comerciaban copias de bienes culturales y artesanías modernas, pero en sus interiores se ha encontrado piezas culturales originales únicas sin registro alguno y de dudosa procedencia.

⁷⁶TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit., p. 134.

Una última observación, a esta ley es que no contempló a los bienes bibliográficos y archivísticos, los mismos que estuvieron bajo los alcances del Decreto ley N° 19414 – Ley de Defensa, Conservación e incremento del Patrimonio Documental de 16 de mayo de 1972 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 022-74-ED del 29 de octubre del 1975 y, por la Ley N° 25325 que crea el Sistema Nacional de Archivos del 11 de julio de 1991, entre otros. Ley que sancionaba con multa y decomiso de los bienes culturales la exportación intentada sin el Certificado del organismo competente, que descarte la presunción de ser un bien del Patrimonio Cultural de la Nación o que, autorice su salida, en el caso contrario.

Respecto a esta norma (Ley N° 24047) consideramos que si bien tubo la intención de unificar la diversidad normativa existente hasta antes de su dación; sin embargo, resultó atentatoria a los interés de protección del patrimonio cultural de la nación, sobre todo por los vacíos que presentaba o las contradicciones con la Constitución, la norma penal (Código penal); pues, tampoco guardó relación con las normas internacionales ratificadas por el Perú; y tal vez éste sea el principal problema de nuestra legislación cultural que persiste hoy en día, la falta de uniformidad de lo que se protege, y cómo se protege.

De los artículos controvertidos comprendidos en la Ley, podemos referir que lo más cuestionable desde nuestro punto de vista: es que se permitió el comercio y salida de los bienes culturales sin ningún control, acciones que representan un riesgo grave en la pérdida del patrimonio cultural de la nación; sobre todo, cuando no existe un registro de los mismos. Para nosotros, constituye la razón de las demás acciones delictivas, consistente en las excavaciones, exploraciones sin autorización, robos y alteraciones al patrimonio cultural que cada día nos pertenece menos. Situación que se refleja en la poca claridad de las normas en la protección del patrimonio cultural; inicialmente la protección era sólo para los bienes declarados, posteriormente se reconoció la propiedad estatal únicamente sobre los bienes inmuebles prehispánicos, sumándose a ésta, la omisión de exigir el registro de los bienes culturales.

En la evolución histórica de las normas administrativas que legislaron en materia del patrimonio cultural distinguimos tres momentos definidos:

1. En un primer momento la norma buscaba evitar acciones extractivas y destructivas de los bienes culturales, para lo cual crea organismos a quienes encargo su custodia y registro como es el Museo de la Nación, el Patronato Arqueológico del Departamento del Cusco, el Instituto Nacional del Cultura (INC), e incluye a Aduanas para intervenir en la exportación de bienes culturales. Las actividades de excavación, transferencia y exportación debían ser autorizadas, su incumplimiento acarrea una multa, el decomiso o pérdida de la especie a favor del Estado⁷⁷. Para el desarrollo de estas actividades necesariamente debía registrarse los bienes y la actividad a desarrollar; por ejemplo, para una exportación debe entregarse un duplicado de la pieza o una fotografiada para su evaluación y autorización; y, recién se determinaba si los bienes eran considerados como únicos o intransferibles, de manera que, se prohibía su exportación; en comparación a la actual exigencia que señala que los fines de extracción no sean comerciales y se orienten a fines educativos o científicos.
2. El segundo momento es con la Ley N° 24047 que rompe algunas de estas rigurosidades, exigidas para actividades de excavación, transferencia y comercio de bienes culturales, es más, inclusive se ignora la calidad pública de los bienes prehispánicos que tanto se había cuidado en el grupo de las normas anteriores. Asimismo, la norma tiene como insignia defensora la propiedad privada de los bienes culturales, que se había reconocido en algunas normas anteriores, pero no se le dio gran importancia.
3. El tercer momento es con la actual Ley N° 28296, que intenta recoger y subsanar los vacíos y contradicciones de su antecesora, conforme se desarrolla a continuación.

⁷⁷Estas mismas conductas (excavación, transferencia y extracción) efectuadas sin autorización, en la actualidad son pasibles de un represión penal (Título VIII del Código penal).

1.2.4. Nueva Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación⁷⁸, Ley N° 28296

La actual y vigente ley incluye aspectos novedosos⁷⁹ que trascienden el diseño del modelo de protección constitucional, acercándola al *modelo de protección general de la Convención de San Salvador* que protege, a todos los bienes culturales indistintamente de la época a la que pertenezcan según lo refiere en su art. III (T.P.)⁸⁰ —bienes de las épocas prehispánicas, virreinal y republicana que se presume que forman parte del patrimonio cultural⁸¹—, con lo que se fortalece la protección de los bienes culturales. A lo que se suma el art. IV que declara de interés social y de necesidad pública la identificación, registro, inventario y declaración del patrimonio cultural de la nación.

Entre las críticas⁸² a esta ley, se señala: que la norma debió regular sobre los bienes culturales de forma separada, pues se encarga de forma general al INC (Hoy Ministerio de Cultura), la Biblioteca Nacional (BN) y el Archivo General de la Nación (AGN), —organismos que no se encuentran ligados administrativamente—; los dos primeros a cargo del Ministerio de Educación y el último a cargo del Ministerio de Justicia, como organismos competentes para registrar, declarar y proteger el patrimonio cultural. Resulta más útil regular por separado la protección del patrimonio cultural, según corresponda a cada uno de los organismos involucrados (INC, AGN y BN), de manera que, permita puntualizar los aspectos característicos y fundamentales de cada tipo de patrimonio, a fin de que cada organismo se responsabilice del bien cultural bajo su autoridad. Por otro lado, se observa también,

⁷⁸La Ley N° 28296, Ley general del patrimonio cultural de la nación, fue publicada el 22 de julio del 2004 y deroga la Ley N° 24047, Ley general de amparo al patrimonio cultural de la nación, que estuvo vigente desde el 03 de enero de 1985, es decir durante casi 20 años.

⁷⁹MAYORGA ZARATE, José Manuel, “Patrimonio Cultural: ¿Estamos de acuerdo en qué Queremos Proteger?”. Academia de la Magistratura. Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos, Trabajos Ganadores, Lima, Marzo- 2009, pp. 277 y ss.

⁸⁰Ley 28296, art. III (TP): “Se presume que tiene la condición de bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la importancia, el valor y significado referidos en el artículo precedente y/o que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte. La presunción legal queda sin efecto por declaración expresa de la autoridad competente, de oficio o a solicitud de parte”.

⁸¹Congreso de la Republica, Ley N° 28296, Nueva Ley general del patrimonio cultural de la nación, del 22 de julio del 2004. Art. II (TP): “Se entiende por bien integrante del patrimonio cultural de la nación toda manifestación del quehacer humano material o inmaterial que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etiológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que existe la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente ley”.

⁸²<http://www.editoraperu.com.pe/identidades/70/pdf/1213.pdf>, “Legislación sobre los documentos patrimoniales”.

que la ley debió dar un tratamiento diferenciado al patrimonio cultural, pues existe una diferencia entre patrimonio documental bibliográfico, patrimonio documento archivístico y, el patrimonio monumental, artísticos, arqueológicos, etc.; todos con valor y significancia para nuestra cultura, pero con diferencias en la información que contienen o representan, por el material y la estructura compuesta, entre otros caracteres que puede hacer a unos más vulnerables que otros, por lo que la protección no será similar para todos.

Mientras que, lo positivo y novedoso de esta norma, reconoce la responsabilidad administrativa, civil y penal en los propietarios de los bienes culturales, ante el incumplimiento de una serie de obligaciones consistente en proteger, conservar y evitar el abandono, la depredación y destrucción de estos; también señala que para el caso de una restauración, debe ser autorizada por el organismo competente.

Además, la ley regula la responsabilidad de los funcionarios públicos⁸³, quienes deberán adoptar las medidas que impidan la alteración, deterioro o destrucción del patrimonio cultural a su cargo; ésta es una gran innovación respecto a las leyes anteriores, que no atribuían responsabilidad por el daño, pérdida o eliminación que sufrían esos objetos que son de todos los peruanos. Ahora la irresponsabilidad ha quedado tipificada como un delito de función⁸⁴.

Es importante conocer el contenido del marco legal de la legislación sobre el patrimonio cultural de la nación, en la que se definen conceptos importantes respecto a su titularidad, que nos permitirá definir la autoría en determinadas infracciones, las obligaciones y beneficios por la tenencia de bienes culturales; así como todo lo referente a su transferencia peculiar y las restricciones existentes entre otros aspectos importantes, tema que desarrollamos a continuación.

1.2.4.1. Declaración de patrimonio cultural

⁸³<http://www.editoraperu.com.pe/identidades/70/pdf/1213.pdf>, “Legislación sobre los documentos patrimoniales”.

⁸⁴Importante para el patrimonio documental, ya que el AGN, no obstante tener como función la de proteger los fondos documentales de interés histórico, no podía sancionar a quien los sustraía o, peor, los destruía. La exigencia de protección documental se extiende a las instituciones que los generan: ministerios, oficinas públicas descentralizadas y otras.

Un punto controvertido que se regula sobre el patrimonio cultural es la exigencia de declaración previa, exigida para que un bien tenga la condición de patrimonio cultural protegido; requerimiento en cuyo frente han surgido posiciones en contra.

Para saber si en efecto la norma administrativa declara la condición cultural, debemos empezar por hablar del acto administrativo, que puede ser de dos modalidades⁸⁵: una *constitutiva* y otra *declarativa*. La declaración es *constitutiva* cuando crea un estado o calidad a partir de la misma; y, es *declarativa* cuando solamente se limita a reconocer una calidad o situación preexistente. Conviene entonces preguntarse, cuál de estas dos modalidades se produce en la declaración del patrimonio cultural?. Para lo cual, recogeremos el aporte del destacado autor Martorell, quien señala que: “la norma no da(no otorga)la condición cultural a un bien, si no(sólo), reconoce en él tal condición”⁸⁶. Desde ese punto de vista consideramos que el acto administrativo de declaración previsto por la Constitución es de *carácter declarativo*, puesto que, reconoce la condición peculiar de los bienes culturales y, con ello el valor e importancia que tienen para nuestra sociedad y la humanidad en general.

Los actos de declaratoria deben ser actos revestidos de ciertas solemnidades y formalidades, como es, la emisión de una resolución y su consecuente publicidad; ello no es práctico ni viable para la gran mayoría de los bienes de interés cultural; resulta materialmente imposible que se declaren, particularmente en nuestra realidad en la que contamos con un vasto número de bienes culturales descubiertos y por descubrir.

De acuerdo a lo establecido en la legislación nacional⁸⁷, se encarga y responsabiliza al Instituto Nacional de Cultura (hoy Ministerio de Cultura), elaborar y mantener actualizado el inventario de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural

⁸⁵MAYORGA ZARATE, José Manuel, “Patrimonio Cultural: ¿Estamos de acuerdo en qué Queremos Proteger?”, ob.cit., pp. 292 y s.

⁸⁶MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., p. 163.

⁸⁷Art. 14 cap. III del Tit. I Bienes integrantes del Patrimonio cultural, Ley general del Patrimonio cultural de la nación, Ley 28296.

de la nación⁸⁸, e igualmente de los bienes muebles de acuerdo a lo establecido en el art. 6 de la ley especial. Tratándose de la inscripción de bienes muebles e inmuebles, la inscripción se generará a partir de la dación de la resolución de declaración, con la formación de su respectiva ficha técnica del bien cultural mueble e inmueble en cuestión⁸⁹. El inventario se hará abriendo un expediente o una ficha individual para cada bien cultural, en la que se hará su descripción y delimitación para el caso de inmuebles y la de su reconocimiento técnico y descripción para el de los muebles. Los bienes que son declarados como bienes culturales⁹⁰ deben ser inscritos de oficio en el registro correspondiente que conforma el Registro Nacional de bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación⁹¹. Sin embargo, los actos de registro pueden ser entendidos como simples actos técnicos, por los cuales un profesional experto decide incluir un determinado bien en un inventario o registro determinado y manejable.

Actualmente los inventarios existentes son limitados, incompletos y no cumplen con las normas sobre su contenido, salvo contadas excepciones; en opinión de Martorell⁹² el error, es no haber establecido la obligación que todo particular debe declarar su posesión sobre bienes culturales; una solución sencilla que debe darse en un proceso, en cuya primera etapa las declaraciones sean genéricas, sin mayores especificaciones técnicas; y que la segunda etapa sea más especializada y técnica, la que se iría efectuando de manera progresiva.

⁸⁸En tanto que a la Biblioteca Nacional del Perú y el Archivo General de la Nación, se hallan encargados por ley (art. 14.2 Ley 28296), del inventario del material bibliográfico, documental y archivístico.

⁸⁹Art. 22 y 23 del Reglamento de la Ley N° 28296, D.S. 011-2006-ED.

⁹⁰Art. 9, Cap. II de la Ley general del Patrimonio cultural de la nación, Ley N° 28296.

⁹¹Art. 18 del Reglamento de la Ley N° 28296, D.S. 011-2006-ED. Registro que a su vez está conformado por: 1. Registro nacional de bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación, donde se inscriben todos los bienes culturales inmuebles, de propiedad del Estado o de particulares. Está a cargo del INC. 2. Registro nacional de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural de la nación, donde se inscriben todos los bienes culturales muebles, distintos a los pertenecientes al patrimonio bibliográfico, documental y archivístico, de propiedad del Estado o de particulares. Está a cargo del INC. 3. Registro nacional de material bibliográfico, donde se inscribe el patrimonio cultural bibliográfico. Está a cargo de la BNP. 4. Registro nacional de colecciones documentales y archivos históricos públicos o de particulares, donde se inscriben el conjunto orgánico de documentos de archivo no bibliográficos. Estacargo del AGN. 5. Registro nacional de museos públicos y privados, donde se inscriben todos los museos públicos y privados que exhiban bienes culturales. Está a cargo del INC. 6. Registro nacional de folclore y cultura popular, donde se registra todos los bienes materiales o inmateriales pertenecientes al folclore y la cultura popular integrantes del patrimonio cultural de la nación. Está a cargo del INC. 7. Registro nacional de personas naturales o jurídicas dedicadas al comercio de bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación. Está a cargo del INC.

⁹²MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., pp. 187 y s.

Sin embargo, más que un inventario, debe haber una catalogación⁹³; el *inventario* consiste en la estimación y enumeración de objetos o hechos de un lugar o región; asimismo consiste en facilitar una lista de objetos según sus elementos esenciales de identificación; la *catalogación*, es un concepto mucho más amplio, implica otorgar una lista de bienes culturales ordenados sistemáticamente, involucra el registro, descripción, evaluación e indicación (generalmente en forma completa) de los recursos de una colección, institución, país o región. Para efectos de la protección de los bienes, no es suficiente el registro de los mismos, debido a la gran variedad y diversidad de bienes culturales con los que contamos, es menester tener una descripción y evaluación del estado en el que se encuentran, para determinar responsabilidades de alteración sobre los mismos. También es necesario contar con la relación de los propietarios de los indicados bienes, para controlar el tráfico de los mismos.

La documentación y el inventario de objetos son cruciales para la protección de los bienes culturales, proveer los medios para su detección, reconocimiento e identificación; ya que aquellos objetos que no han sido fotografiados, ni descritos de modo adecuado y oportunamente; muy pocas veces son recuperados. Un inventario correcto debe incluir detalles esenciales para la contabilidad y la seguridad de los bienes; las fichas de inventario⁹⁴ deben otorgar información sobre el nombre del objeto, su ubicación, lugar de origen, número de inventario, descripción, breve reseña histórica, material de composición, dimensiones, posesión o propiedad, entre otras datos.

El problema de la declaración se pensó que se resolvía con la formula de la presunción. Como era difícil el registro de todos los bienes culturales, bastaba presumir que se trataba de bienes culturales para otorgarle protección, sin necesidad de registro, postura adoptada por los constituyentes de 1993 en el art. 21, posteriormente en la Ley N° 24047 y reincidir en la Ley N° 28296. Para Martorell no es la formula correcta, se planteó contraviniendo la lógica jurídica. La presunción contenida en esos textos mencionados, exige una confirmación expresa, es decir,

⁹³CONICYT, Ministerio de Educación, Museo Nacional de Bellas Artes. Inventario y catalogación del Patrimonio cultural. Proyecto regional de patrimonio andino. UNESCO/PNVD, 1977, p. 75.

⁹⁴RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico de bienes culturales, ob.cit., pp. 128 y s.

presumimos que un bien es cultural hasta que se demuestre que realmente lo es. Sería útil la presunción si se formula de forma correcta, pues debía indicarse sobre que bienes va a recaer la presunción. Se entiende que se trata de bienes de origen prehispánicos, colonial esencialmente, debiera incluirse bienes republicanos de determinada antigüedad. Con lo cual sólo se llegó a crear dos clases de bienes culturales⁹⁵: los expresamente declarados y los presuntos bienes culturales, cuya condición es dudosa, pues requieren de una confirmación⁹⁶.

Para autores como Renart García⁹⁷, le parece incuestionable que la consideración de objetos pertenecientes al patrimonio histórico, cultural o artístico, esté en función de las cualidades del propio bien, y no, de quien ostente su titularidad (o por una declaración administrativa), pues la ley⁹⁸ busca asegurar la protección y fomentar la cultura material debido a la acción del hombre en sentido amplio. Y concibe al patrimonio histórico, arqueológico o cultural, como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico.

El Derecho penal debe ser eminentemente realista, pues, si el legislador persigue una protección eficaz, alejada de cualquier simbolismo punitivo en la tutela de nuestro Patrimonio cultural, es necesario admitir que la declaración de interés cultural o su inclusión en el Inventario general no sólo no añade nada al bien en sí, sino que entorpece el amparo del patrimonio real pretendido por la norma constitucional. El carácter cultural es inherente al bien y no viene dado por un simple formalismo administrativo, sino que lo ostenta por la valoración que del mismo realiza la sociedad; así, el acto administrativo, lejos de ser constitutivo, se convierte en meramente declarativo de un valor inmaterial de cultura ínsito en el bien. El interés general al que la norma otorga especial protección no aumenta ni disminuye por el

⁹⁵En España se prevé una protección diferenciada: los llamados bienes de interés cultural gozan de una declaración específica como tales, y los bienes incluidos en el inventario general, tienen un régimen de protección menos intenso que los anteriores. Este tipo de digresión no existe en nuestro sistema legal.

⁹⁶MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., pp. 164 y s.

⁹⁷RENART GARCÍA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 254 y s. Postura inicial adoptada por Ruiz Antón.

⁹⁸Para el caso español, la LPHE.

hecho de que el bien se halle o no inventariado, siendo irrelevante su régimen jurídico y titularidad.

En efecto, asimismo lo expresa Luís A. Anguita Villanueva a la que se adscribe Mayorga, el acto de declaración del patrimonio cultural tiene solo un valor declarativo, justificado en la preexistencia de las calidades de los bienes culturales antes de cualquier acto de declaración: “...El valor cultural de los bienes es independiente de la declaración administrativa de interés cultural o de inventario. La declaración es una constatación de que un bien tiene gran relevancia dentro del Patrimonio histórico (...), no se puede atribuir el valor fundacional a la decisión administrativa, sería tanto como decir que, es *la Administración la que concede el calificativo de cultura a un bien, la administración solo ratifica, con consecuencias jurídicas, la relevancia o el interés que para la cultura (...) representa un bien, nada mas...*”.

Y más bien como lo señala Giannini⁹⁹, estima que la naturaleza cultural del bien es suficientemente independiente del acto de la declaración, cuyo fin es dotar de certeza y publicidad en orden al ejercicio de las potestades administrativas.

En conclusión, existe una errada interpretación de la declaración de patrimonio cultural, porque, como ya se indicó, los bienes culturales prescinden de esta labor administrativa, en vista de que su carácter y valor cultural es algo innato a ellos, por lo que, sólo se espera un reconocimiento de parte de la administración, para desencadenar sobre ellos el sistema de protección jurídica y administrativa de parte del Estado.

1.2.4.2. Presunción de patrimonio cultural

En cuanto a la presunción, el art. III de la Ley N° 28296 refiere: “Se presume que tienen la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la importancia, el valor y significado referidos en el artículo precedente y/o que se

⁹⁹MAGAN PERALES, José M., La circulación ilícita de bienes culturales, ob.cit., p. 212.

encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte”. Sólo el Estado ejerce los derechos tuitivos originados por la presunción de bien cultural.

La presunción podemos entenderla con la siguiente expresión¹⁰⁰: “*todo lo que parece huaco es huaco mientras no se demuestre lo contrario*” y por lo tanto, es protegido como si lo fuera; es como una *sabana protectora* a todos los bienes que parecen culturales. Con el mencionado dispositivo se quiebra la presunción de inocencia, y se invierte los roles, en el sentido, de que es la persona quien debe demostrar su inocencia, y no el Estado quien debe demostrar su culpabilidad; los bienes culturales tienen el carácter de cultural aún antes de haber sido calificados como tales, y por consiguiente no se requiere prueba alguna de su importancia cultural para que pesen sobre ellos todas las restricciones y limitaciones que la ley ha establecido¹⁰¹.

Las consecuencias de la presunción es el ejercicio exclusivo de los derechos tuitivos por parte del Estado, es decir la defensa, el amparo y protección de los bienes presumiblemente culturales, corresponde exclusivamente al Estado. Se trata de una presunción *juris tantum*, por cuanto requiere de confirmación, de probar su condición de bien cultural. Para Martorell¹⁰² debería bastar la declaración de los Convenios internacionales y la ratificación del Perú sobre los mismos, art. 2 de la Convención de San Salvador de la OEA y art.1 de la Convención sobre Protección del patrimonio mundial cultural y natural de la UNESCO, y no requiere de una declaración especial.

Con lo expresado por la Ley N° 28296, entendemos que el modelo de protección adoptado para los bienes culturales es general, sin excepciones; el mismo que establece la Convención de San Salvador¹⁰³, el cual, contempla como bienes culturales a todos los bienes prehispánicos y coloniales sin excepción, e inclusive a aquellos republicanos o contemporáneos; con la única restricción (para éstos dos últimos) que los Estados Parte, los tengan registrados o inventariados.

¹⁰⁰TRAZEGNIE GRANDA, Fernando, *Conversatorio sobre El Patrimonio cultural*, Congreso de la República del Perú, Lima, 2000.

¹⁰¹TALANCHA CRESPO, Eliseo, *Los Delitos Culturales*, ob.cit., pp. 128 y s.

¹⁰²MARTORELL CARREÑO, Alberto, *Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia*, ob.cit., pp. 170 y s.

¹⁰³Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas.

Por su parte los autores nacionales¹⁰⁴ son de la opinión: de que el mecanismo de la presunción es inaplicable, por cuánto la norma no debe presumir el valor que tienen los bienes culturales como si éstos no tuviesen presencia real. En el caso de los bienes culturales prehispánicos de acuerdo a la legislación tienen la mayor protección y aún aquellos bienes por descubrir también cuentan con resguardo legal; el carácter cultural no se presume, éste va implícito en los propios bienes culturales, con lo cual la presunción deja de tener sentido. En la Ley N° 24047, como señala el arqueólogo Ramiro Matos citado por Talancha, el bien cultural no se constituía como tal, por su contenido y naturaleza, sino gracias a la voluntad del burócrata de turno que certificaba cuándo un bien era cultural y cuándo dejaba de serlo; situación que no debe producirse.

Por otra parte, el requisito de la declaración formal e individual a pedido del interesado, no garantiza la protección legal de los bienes culturales, por cuanto sus propietarios o poseedores, ante el temor de que el Estado los expropie, decomise o confisque; optan por silenciar la tenencia de bienes culturales, omiten la inscripción y el registro, para evadir las restricciones y obligaciones que impone la ley.

Con lo expresado, esperamos que en un futuro se supere el concepto de presunción, que a nuestro parecer, es innecesario al igual que la declaración; pues, para proteger jurídicamente a los bienes culturales y se reconozca la condición inmersa en los mismos, se debe exigir como medida de protección su registro e inventario obligatorio de los bienes existentes, así como una clasificación de los mismos, particularmente de los que se encuentran en posesión de particulares, y con mayor razón los que se hallan en posesión del Estado y con dicha medida reconocer el patrimonio cultural de la nación y sancionar sea administrativamente o penalmente todas las acciones que vulneren sus normas de protección y conservación o aquellas acciones que lesionen los propios bienes culturales.

1.2.4.3. Bienes integrantes del patrimonio cultural

¹⁰⁴TALANCHA CRESPO, Eliseo, id., pp. 129 y s.

La ley proporciona una enumeración de bienes culturales a efecto de tener una mejor precisión de; qué bienes forman parte del patrimonio cultural, siendo que, obviamente no se comprende a todos, porque son categorías generales las anotadas.

La ley va mucho más allá, y hace más que una simple enumeración de los bienes culturales, en su título primero con la denominación de “Bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación”, divide en dos grandes grupos, estos son: los *bienes materiales e inmateriales*, sub clasificando al mismo tiempo a los primeros, en *bienes muebles e inmuebles*, como detallamos a continuación:

a) Bienes Materiales: Comprende los muebles e inmuebles:

Inmuebles: Comprende los edificios, obras de infraestructura, ambientes y conjuntos monumentales. Centros históricos y demás construcciones o evidencias materiales resultantes de la vida y actividad humana urbanos y/o rurales, aunque estén constituidos por bienes de diversa antigüedad o destino y tengan valor arqueológico, arquitectónico, histórico, religioso, etiológico, artístico, antropológico, paleontológico, tradicional, científico o tecnológico, su entorno paisajístico y los sumergidos en espacio acuáticos del territorio nacional. Su protección comprende suelo, subsuelo en el que se encuentran, asientan, aires y el marco circundante en la extensión técnicamente necesaria para cada caso.

Resulta de trascendental importancia que en este tipo de bienes, no sólo se reconozca la edificación o infraestructura del inmueble, sino, se considere y proteja su entorno paisajístico, suelo y subsuelo, porque sólo en su contexto el bien conserva su valor, de ahí la importancia de no alterar el entorno o no extraer los bienes muebles de su interior, porque sólo en conjunto se entenderá la función que cumplieron y lo que realmente representa para la nación.

En el Código civil vigente, art. 954 manifiesta que la propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobre suelo, pues el órgano encargado de la protección del inmueble cultural debe determinar el área a protegerse, pero debe hacerlo de manera expresa y en previsión a posibles alteraciones. Dichas limitaciones tendrían que ser inscritas en Registros públicos. Esta propiedad estatal tiene como característica la imprescriptibilidad y la inalienabilidad. Lo que significa que el derecho del Estado

sobre el inmueble cultural es perpetuo, no se pierde por el transcurso del tiempo; está prohibida su venta, cesión o cualquier forma de traslación de dominio a favor de un particular o de otro Estado. Cualquier acto en este sentido deviene en nulo *ipso jure*.

Pues, está reconocido como un principio que debe inspirar las políticas del patrimonio cultural, que debe existir una coordinación en la protección del entorno de la humanidad constituido por el *patrimonio cultural y natural*. Pero además, se puede utilizar otros criterios —antigüedad, material utilizado, función del inmueble, etc.—, que permita subclasificar aún más ésta categoría a fin de establecer una mejor delimitación de la responsabilidad penal o administrativa.

Muebles, comprende los siguientes:

- Colecciones y ejemplares singulares de zoología, botánica, mineralogía y los especímenes de interés paleontológico.
- Los bienes relacionados con la historia en el ámbito científico, técnico militar, social y biográfico, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas y los acontecimientos de importancia nacional.
- El producto de las excavaciones y descubrimientos arqueológicos, sea cual fuere su origen y procedencia.
- Los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico.
- Las inscripciones, medallas conmemorativas, monedas, billetes, sellos, grabados, artefactos, herramientas, armas e instrumentos musicales antiguos de valor histórico o artístico.
- El material etnológico.
- Los bienes de interés artístico como cuadros, lienzos, pinturas, esculturas y dibujos, composiciones musicales y poéticas hechos sobre cualquier soporte y en cualquier material.
- Manuscritos raros, incunables, libros, documentos, fotos, negativos daguerrotipos y publicaciones antiguas de interés especial por su valor histórico, artístico, científico o literario.
- Sellos de correo de interés filatélico, sellos fiscales y análogos sueltos o en colecciones.

- Documentos manuscritos, fotografías, cinematografías, video gráficos, digitales, planos, hemerotecas y otros que sirven de fuente de información para la investigación en el aspecto científico, histórico, social, político, artístico, etnológico y económico.
- Objetos y ornamentos de uso litúrgico tales como cálices, patenas, custodias, copones, candelabros, estandartes, incensarios, vestuarios y otros de interés histórico y/o artístico.
- Los objetos anteriormente descritos que se encuentren sumergidos en espacios acuáticos del territorio nacional.
- Otros objetos que sean declarados como tales o sobre los que exista la presunción legal de serlos.

Con esta relación extensa, la ley pretende abarcar todo tipo de bien cultural y no dejar desamparo alguno; pero también se trata de evitar leyes repetitivas, como en ocasiones, algunos entes lo han propuesto; con proyectos de leyes que buscan una protección exclusiva para el patrimonio documental¹⁰⁵, religioso entre otros; el patrimonio cultural es el legado de nuestros ancestros, y debe ser protegido como uno solo; sin embargo para efectos de una mejor administración insistimos, se requiere que se intente hacer diferencia en atención a su composición, antigüedad, indicando por ejemplo, qué bienes son encargados al INC, al AGN y cuáles a la BN, y establecer normas para cada tipo de bienes, sin que signifique restar la protección de unos sobre otros.

b) Bienes Inmateriales

Comprende las creaciones de una comunidad cultural basada en las tradiciones expresadas por individuos de manera unitaria o grupal y que reconocidamente responde a las expectativas de la comunidad, como expresión de la identidad cultural y social, además de los valores transmitidos oralmente, tales como los idiomas, lenguas y dialectos autóctonos, el saber y conocimiento tradicional, ya sean artísticos, gastronómicos, medicinales, tecnológico, folklórico o religioso. Los conocimientos

¹⁰⁵Oficio N° 745-2009-AGN/J que alcanza el Informe N° 425-2009-AGN/OGAJ, que propone modificaciones al Código penal en la defensa del Patrimonio Documental de la Nación. Documento que a nuestro parecer es innecesario porque como vemos en la Ley N° 28296 en la relación detallada, se señala también el patrimonio documental, por lo que no se requiere de una ley individual o exclusiva.

colectivos de los pueblos y otras expresiones o manifestaciones culturales que en conjunto conforman nuestra diversidad cultural.

Este tipo particular de bien no se encuentra protegido penalmente en el título VIII de la norma penal, y del cual resulta más complicado su registro, porque hay que demostrar su historia e importancia a partir de la recopilación de su origen; aunque si existe un reconocimiento gubernamental nacional e inclusive internacional¹⁰⁶.

La legislación no hace ningún tipo de distinción entre el patrimonio cultural de la nación, como si lo hacen otras legislaciones¹⁰⁷, ni tampoco se exige un valor excepcional a los bienes culturales como lo hace algunos convenios internacionales¹⁰⁸, mas bien otorga una protección general a los diferentes bienes culturales diferenciados únicamente por la época en la que fueron producidos.

En conclusión, son objeto de protección para la ley del patrimonio cultural, todos los bienes culturales sin excepción, posición similar a la establecida en la Convención de San Salvador¹⁰⁹, sin embargo consideramos que si bien es cierto que todos los bienes

¹⁰⁶ Entre el patrimonio inmaterial podemos citar algunos ejemplos, a nivel nacional tenemos el reconocimiento de: la Semana Santa en Ayacucho, el Inti Raymi en Cusco, (entre fiestas tradicionales) y el Ceviche en gastronomía y; a nivel internacional: la Fiesta de la Virgen de la Candelaria del Dpto. de Puno (actualmente busca su reconocimiento), y la Danza de la Huaconada del Dpto. Junín (reconocida), etc.

¹⁰⁷ Ley 16/1985 de 25 de junio del patrimonio histórico español, (preámbulo). La LPHE establece “*distintos niveles de protección que se corresponden con diferentes categorías legales. La más genérica y que da el nombre a la propia ley es la de Patrimonio histórico español, constituido por todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal (...), adquiere un valor singular la categoría de Bienes de interés cultural, que se extiende a los muebles e inmuebles de aquel patrimonio que, de forma más palmaria, requieran tal protección*” “*Todas las medidas de protección y fomento que la ley establece solo cobran sentido si, al final conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo*”.

¹⁰⁸ La Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural¹⁰⁸, art. 1. A los efectos de la presente Convención se considerará patrimonio cultural: los monumentos, obras arquitectónicas, de escultura o de pinturas monumentales, elementos o estructuras de carácter arquitectónico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos *que tengan un valor universal excepcional* desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia. Los conjuntos, grupos de construcciones, aislados o reunidos cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les *dé un valor universal excepcional* desde el punto de vista de la historia del arte o de la ciencia. Los lugares, obras del hombre y obras conjuntas del hombre y de la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, *que tengan un valor universal excepcional* desde el punto de vista histórico, estético, Etnológico o antropológico.

¹⁰⁹ “Convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las Naciones americanas”, art. 2. Los bienes culturales son los que se incluyen en cualquiera de las siguientes categorías: **a)** Monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico, pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, los restos humanos, de la fauna y a los contactos con la cultura europea, los restos humanos, de la fauna y flora relacionados con las mismas; **b)** Monumentos, edificios, objetos artísticos, utilitarios, etnológicos, íntegros o desmembrados de la época colonial y los correspondientes al siglo XIX. **c)** Bibliotecas, archivos, incunables y manuscritos; libros y otras publicaciones, iconografías, mapas y documentos editados hasta 1850. **d)** Todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los estados partes tengan registrados como bienes culturales, siempre que hayan notificado tal registro a las demás partes del Tratado. **e)** Todos aquellos

culturales merecen protección, es inevitable tener que establecer diferencias en razón a su antigüedad, a su conformación, al material usado entre otros aspectos, que determinan la importancia de unos bienes sobre otros y que deben merecer mayor protección, ya sea porque algunos tienen el título universal otorgado por la UNESCO, como de patrimonio mundial o por tratarse de bienes con significancia especial, con la finalidad de establecer una sanción proporcional a la lesión ocasionada sobre ellos y si debe ser penal o administrativa.

1.2.4.4. Registro e inventario de los bienes culturales

Entre las obligaciones más importantes de los propietarios particulares, así como de los entes encargados¹¹⁰ de velar por los bienes culturales está el registro de los mismos¹¹¹, como ya se mencionó *el registro*, es entendido, como la anotación de las características principales y peculiares, así como de los posibles orígenes, entre otras informaciones. Todo lo referente a este tema se encuentra en el Título I, Capítulo III del Registro de bienes del patrimonio cultural de la nación, de la tan citada Ley N° 28296, que manifiesta:

El registro de los bienes integrantes del PCN, forma parte de un inventario nacional debidamente clasificado, y como señala la ley (art. 14 Ley N° 28296) cada ente, dígame INC (hoy Ministerio de Cultura), BNP y AGN, son independientemente responsables de elaborar y mantener actualizado el inventario de bienes; sean estos bienes muebles e inmuebles, material bibliográfico, documental y archivístico integrantes del patrimonio cultural de la nación.

La centralización de toda esta información, se encargó al INC con la creación del Registro Nacional Patrimonial Informatizado de Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, bajo el marco de un sistema de protección colectiva del patrimonio a partir de la identificación y registro de los bienes. La creación de dicho registro nos parece interesante, sin embargo creemos que éste debe ser

bienes culturales que cualquiera de los estados partes declaren o manifiesten expresamente incluir dentro de los alcances de esta Convención.

¹¹⁰ Ley N° 28296, art. VII Titulo Preliminar. “El Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, *están encargados de registrar*, declarar y proteger el patrimonio cultural de la nación dentro de los ámbitos de su competencia”.

¹¹¹ Ley N° 28296, art. 17. “El propietario de un bien que es integrante del patrimonio cultural de la nación está *obligado a solicitar ante el organismo competente el registro* de los mismos”.

descentralizado de manera que permita cumplir con uno de los objetivos de la ley como es el registro de estos bienes, punto de partida para su protección.

Asimismo, la ley dispone que los bienes que son declarados integrantes del PCN sean inscritos de oficio, en el Registro Nacional de bienes integrantes del PCN, para lo cual; dispone la creación de una *Ficha Técnica* —por cada bien—, la que contendrá una descripción pormenorizada, además del reconocimiento técnico del bien; simultáneamente se otorgará un Certificado de Registro del organismo competente (INC, BNP y AGN), al titular del bien; en caso de bienes de propiedad del Estado se registrarán en el SINABIP (Sistema de Información de Bienes de Propiedad Estatal).

Por la diversidad de bienes integrantes del patrimonio cultural, diferenciados por su antigüedad, valor cultural, su significado y el material de su composición, el Registro Nacional de Bienes Integrantes del PCN los divide en siete sub registros¹¹²: 1) *Registro Nacional de Bienes Inmuebles* integrantes del PCN, que acoge a todos los bienes inmuebles, sean de propiedad estatal o particular; 2) *Registro Nacional de Bienes Muebles*, que registra los bienes muebles materiales independientemente de quien sea su titular; exceptuando lo bibliográfico, documental y archivístico; 3) *Registro Nacional de Material Bibliográfico*; 4) *Registro Nacional de Colecciones Documentales y Archivos Históricos Públicos o de Particulares*, dentro del cual se apuntan los archivos notariales por ejemplo; 5) *Registro Nacional de Museos Públicos y Privados*; 6) *Registro Nacional de Folklore y Cultura Popular*, donde se registran bienes materiales o inmateriales pertenecientes al folklore y la cultura popular del PCN; y 7) *Registro Nacional de Personas Naturales o Jurídicas*, dedicadas al comercio de bienes del PCN.

El incumplimiento de esta obligación, conlleva a la nulidad de cualquier tipo de transferencia de propiedad o traslación de posesión, con la reversión a favor del Estado, salvo el derecho aprobado en la vía judicial. En efecto en su art. 18 la Ley de la materia, expresa que toda adquisición de bienes integrantes del PCN a partir de su promulgación, debe ser registrada y cumplir los demás trámites para acreditar su validez; caso contrario se presumirá que se trata de una adquisición ilícita y se perderá

¹¹² Ley N° 28296, art. 16 Conformación del Registro Nacional.

el bien a favor del Estado. Consideramos en este artículo un medio interesante para cumplir uno de los objetivos de la ley, cómo es el inventario de los mismos, y evitar su tráfico ilícito, sin embargo no existe mecanismos que permitan su ejecución obligatoria, y no creemos que la solución sea también revertir a favor del Estado, porque no cuenta con los recursos suficientes para su conservación, protección e inclusive su registro.

1.2.4.5. Régimen de propiedad de los bienes culturales

Un aspecto importante a desarrollar es la propiedad del patrimonio cultural y todo lo concerniente sobre ella.

a) La Propiedad

Históricamente la propiedad sobre el patrimonio cultural era absoluta, se transmitían, transformaban o destruían según la voluntad de sus dueños, fuesen particulares, reyes o magnates¹¹³. Desde entonces la propiedad sobre los bienes culturales ha sido un tema de muchas discusiones, desde la dación de la Ley N° 24047 calificada como ley protectora por reconocer la propiedad privada de los bienes culturales, postura que se mantuvo en la ley actual N° 28296, que en su definición¹¹⁴ señala: “...*Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente ley*”. Hoy en día no se cuestiona más porque, al margen de quien la posea o administre, lo que importa es que se conserve y se le dé el uso que le corresponde; además, se reguló la propiedad privada otorgando deberes a quienes la posean; es más, las nuevas leyes buscan fomentar y promocionar el patrimonio cultural otorgando los bienes culturales inmuebles en concesión a la empresa privada a efecto de que desarrollen trabajos de buena conservación y protección.

En la doctrina encontramos tres corrientes¹¹⁵ sobre el régimen de propiedad de los bienes culturales: 1) *La propiedad estatal*, seguida por nuestro ordenamiento legal hasta antes de la Ley N° 24047, según la cual la propiedad de los bienes culturales correspondía de manera exclusiva al Estado; 2) *La propiedad privada*, con la cual los

¹¹³ ALVAREZ ALVAREZ, José Luís, “El Patrimonio Cultural. De dónde venimos, donde estamos y a donde vamos?”, en Revista Española N° 1, Año 1997, pp. 15-31.

¹¹⁴ Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, art. II Título Preliminar.

¹¹⁵ MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., pp. 19 y s.

bienes culturales pueden ser objeto de apropiación privada, esta corriente no otorga un valor especial a los bienes por su carácter cultural, sino que, considera más importante el valor económico relacionado con los intereses del propietario; y, 3) *El interés público*, los bienes culturales son de interés de todos; es decir, todos los disfrutan y asimismo adquieren responsabilidad sobre los bienes. Actualmente resulta difícil que se mantenga una sola de las corrientes, lo que se da es una posición mas bien mixta, en la cual la mayoría de los bienes culturales están bajo dominio del Estado y una parte bajo dominio de particulares, buscando siempre su protección y difusión; aunque hay naciones que aún mantienen el dominio exclusivo del Estado.

Pero debemos rescatar el aporte de la doctrina italiana¹¹⁶, que distingue dos titularidades sobre los elementos del bien cultural: “la propiedad privada sobre el soporte físico, o cosa; y la titularidad estatal sobre la utilidad de esa cosa, o bien, abierto a la fruición colectiva”, al margen de quien sea considerado titular. De manera que, podemos hablar que la titularidad es parcial sobre el bien cultural, la misma que además de derechos y facultad de disposición sobre el bien, cuenta con restricciones y prohibiciones sobre todo cuando el titular es un particular, como se vera más adelante.

Por su parte el Derecho civil atribuye a la propiedad del Estado dos clases de dominio: uno público y otro privado, el patrimonio cultural es de uso público y son inalienables e imprescriptibles, el Estado es solo su administrador.

La Constitución política consagra la *propiedad estatal* de los bienes culturales, pero a la vez se admite *la propiedad privada*¹¹⁷; una propiedad privada que en realidad no puede ser ejercido plenamente. Fernando de Trazegnies¹¹⁸ compara esta situación con los derechos del autor, en el que se reconoce dos valores, el valor material y el valor inmaterial, pues, “...en ese objeto que denominamos bien cultural —al margen de los

¹¹⁶PALOMINO MANCHEGO, José F., “La protección constitucional del Patrimonio Cultural de la Nación”, en: *Dialogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica Editores. Revista de crítica y análisis Jurisprudencial, Año II/ N° 2, Dic. 1995, Perú, pp. 37-52. A través de la Constitución de 1964, se dio nacimiento a una nueva política legislativa y doctrinal sobre los bienes culturales, con los aportes de Massimo S. Giannini principalmente.

¹¹⁷Art. 21 Constitución Política. “... son patrimonio cultural de la nación, *independientemente de su condición de propiedad privada o pública*. Están protegidos por el Estado”.

¹¹⁸MAYORGA ZARATE, José Manuel, “Patrimonio Cultural: ¿Estamos de acuerdo en qué Queremos Proteger?”, ob.cit., pp. 296 y s.

derechos que le asisten al titular del dominio—,coincide también un derecho de la nación, representada por el Estado para los efectos de su exigencia, que determina que el propietario del bien no puede destruirlo ni desfigurarlos ni darle un uso contrario a su dignidad de objeto cultural; y, muy especialmente, no puede exportarlo, porque con ello privaría a la nación de una parte de su patrimonio”. En ese entendido, diremos que el valor material puede pertenecer a un ente privado o al Estado; sin embargo, el valor inmaterial de los bienes culturales en el cual se impregna el espíritu legado por los ancestros, corresponde siempre a la sociedad en su conjunto, y como tal, el propietario del bien material no tiene ni tendrá disposición absoluta sobre dicho bien.

De similar parecer es la autora nacional Adriana Arista Zerga¹¹⁹, cuando refiere que en el bien cultural hay una *titularidad privada* sobre el elemento material o soporte físico de la cosa, y una *titularidad estatal* respecto del valor cultural, la función social que desempeñarían los bienes culturales, a la letra señala: “...El sustrato inmaterial, representado por el valor cultural, está vinculado al *interés público*; y el aspecto material, cuya subjetividad está representada por el carácter económico que adquiere el objeto, está vinculado estrechamente al *derecho de propiedad*”, a la propiedad del particular.

En efecto, en nuestro patrimonio cultural coexisten ambos tipos de propiedad; *la estatal y la privada*, situación que se produce aún a partir de la promulgación de la Ley N° 24047 que promovía la propiedad privada sobre los bienes culturales, en especial la propiedad de los inmuebles culturales que eran exclusivamente del Estado. Al hablar de la propiedad de los bienes culturales hay que especificar la situación de los inmuebles y de los muebles. Para los inmuebles hoy en día se mantiene la propiedad estatal; sobre los *inmuebles culturales preponderantemente de la época prehispánica*¹²⁰ conjuntamente que sus partes integrantes y/o accesorias y

¹¹⁹MAYORGA ZARATE, José Manuel, “Patrimonio Cultural: ¿Estamos de acuerdo en qué Queremos Proteger?”, ibíd., pp. 296 y s.

¹²⁰RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico de bienes culturales, ob.cit., pp. 106 y s. En la **legislación chilena** (Ley 17288, Ley de Monumentos nacionales), señala que en caso de inmuebles, “*el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinara las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas*”. La ley solo impone restricciones, pero no colabora con la reparación de los monumentos ya que son los dueños de los inmuebles quienes deben costear los gastos, debido a esto muchas veces los inmuebles se abandonan, quedando muchos de ellos en ruinas, los dueños los abandonan los edificios declarados monumentos a la espera que se derrumben para vender el terreno.

sus componentes descubiertos o por descubrir, independientemente de que dichos bienes, se encuentren en predios de propiedad pública o privada¹²¹. En tanto que los *bienes inmuebles que pertenecen al periodo posterior al prehispánico* y que se encuentren en propiedad de particulares, conservan la condición de tal, con sujeción a las obligaciones y límites establecidos por ley¹²², como son la imposibilidad de poder destruirlos, modificarlos sin antes contar con la autorización respectiva. Para el caso de los *bienes culturales muebles* los de propiedad privada conservan su condición de particular, los de propiedad de la iglesia católica y congregaciones religiosas conservan su condición de particular, en tanto que los que están en posesión de entes encargados tienen la condición de públicos. En el caso de los bienes muebles e inmuebles no descubiertos se manifiesta que son de exclusiva propiedad del Estado¹²³.

De la misma forma en que puede haber abuso y desconocimiento por parte de los propietarios privados respecto de su posesión de bienes culturales, existe negligencia y hasta corrupción por parte de actores administrativos que detentan en forma directa y transitoria la posesión de los bienes culturales del Estado¹²⁴.

Al margen, de si la propiedad sea pública o privada, siempre habrá atentados contra ellas; en opinión de Martorell, los bienes culturales arqueológicos muebles e inmuebles deben ser de propiedad pública; aunque es posible admitirse su entrega en concesión al sector privado y siendo de propiedad estatal deben mantener su condición de inalienables e imprescriptibles¹²⁵.

Nosotros consideramos que los bienes inmuebles particularmente los prehispánicos y coloniales deben ser de propiedad del Estado o mejor aun de la nación en conjunto, sin impedir que su administración esté en manos de la actividad privada¹²⁶ que cuide

¹²¹ Art. 6. 6.1., de la Ley 28296, Ley general del Patrimonio cultural de la nación.

¹²² Art. 6. 6.4. Ley 28296, Ley general del Patrimonio cultural de la nación.

¹²³ Art. 5. Ley 28296, Ley general del Patrimonio cultural de la nación.

¹²⁴ Cuando autorizan modificaciones, construcciones nuevas, destrucciones, no cumplen con el registro de los bienes culturales o no efectúan supervisión a los propietarios privados de la conservación del patrimonio cultural.

¹²⁵ MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., p. 165.

¹²⁶ Ley 28296, Art. 30: “Las concesiones a otorgarse que afectan terrenos o áreas acuáticas en las que exista bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, deberán contar con la autorización previa del INC, sin perjuicio de las competencias propias de cada uno de los sectores involucrados (...)”.

mejor de ella, en tanto que, los otros bienes pueden tener propiedad pública o privada pero deben ser objeto de registro y sus derechos deben ser restringidos como el hecho de su destrucción o alteración, salvo que sea contrario a los interés y la necesidad pública.

En conclusión la propiedad del PCN, puede ser pública o privada pero, no será absoluta porque el bien cuenta con dos partes definidas, una material que es pasible de titularidad privada y la utilidad del bien cuya titularidad corresponde a la colectividad; lo importante es determinar y fijar claramente obligaciones y responsabilidades del titular o poseedor del bien, además de establecer las normas necesarias para obtener su registro y proporcionar beneficios a quienes lo merezcan, no poner trabas que ahuyenten a los propietarios y/o poseedores al extremo que decidan callar y mantener en secreto la calidad cultural del bien en su posesión.

b) Restricciones y/o limitaciones en la propiedad de bienes culturales

Ante la admisión de la propiedad privada sobre los bienes culturales, la autoridad ha otorgado una serie de limitaciones a sus propietarios y poseedores¹²⁷, para garantizar la integridad de los bienes culturales. Alibrandi, sostiene que aún cuando se hallen en el régimen de propiedad privada mantienen el *carácter de interés público*, ya que la clasificación jurídica es del bien en sí y no del sujeto que lo posee. Por eso se crea un régimen de tutela mediante el cual la autoridad va a velar por el estado de conservación del bien cultural, por lo que el propietario está sujeto a una serie de limitaciones¹²⁸.

La propiedad de los bienes culturales en nuestra legislación tiene una serie de limitaciones, no goza de todas las facultades establecidas en el art. 923 del Código civil que a la letra dice: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien...”, debe ejercerse en armonía con el interés

¹²⁷Ley N° 28296, Título I, Cáp. II Régimen de los Bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, art. 3 “Los bienes del patrimonio cultural de la nación, sean de propiedad pública o privada, están sujetos a las medidas y limitaciones que establezcan las leyes especiales para su efectiva y adecuada conservación y protección. El ejercicio del derecho de propiedad de estos bienes está sujeto a las limitaciones establecidas en las medidas administrativas que dispongan los organismos competentes siempre y cuando no contravengan la ley y el interés público”.

¹²⁸MARTEORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., pp. 20 y s.

social y dentro de los límites de la ley; el art. 924 del C.C. dice que *las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico*. Es decir que nuestro actual ordenamiento civil está inspirado en la teoría de la función social de la propiedad, según la cual existen una serie de restricciones que afectan el ejercicio de la propiedad del individuo¹²⁹ a favor de la sociedad; pues, más importante que las facultades que tenga sobre su bien el propietario, es el derecho de la nación de mantenerlo y conservarlo, ya que los bienes culturales cumplen la función social de elemento de identificación comunitaria nacional.

Por su parte autores como Valencia Zea¹³⁰ manifiestan que las limitaciones al derecho de propiedad pueden ser *positivas* que son *obligaciones de hacer*, y las *negativas* que a su vez pueden ser *prohibiciones u obligaciones de no hacer*.

De acuerdo a la Ley N° 28296 encontramos las siguientes categorías:

Limitaciones negativas, 1) Prohibición de transferir un bien integrante del PCN, a la persona condenada durante el tiempo de la condena, por los delitos del Título VIII del CP, caso contrario es nula la transferencia (art. 9, inc. 9.3.); 2) No podrá transferirse separadamente los bienes integrantes de una colección o conjunto de bienes que tengan vinculación entre sí, salvo autorización expresa de la entidad competente (art. 9, inc. 9.5.); 3) Son restricciones básicas al ejercicio de la propiedad de bienes muebles e inmuebles integrantes del PCN: desmembrar sus partes integrantes y alterar, reconstruir, modificar o restaurar total o parcialmente el bien sin autorización previa del INC (art. 20, inc. a) y b)); 4) Está prohibida la salida del país de todo bien mueble integrante del PCN, salvo las excepciones establecidas en la ley (art. 33).

Limitaciones positivas, 1) Obligación del propietario de un predio en el que exista un bien inmueble integrante del PCN, de carácter prehispánico, de registrarlo, protegerlo y conservarlo, evitando su abandono, depredación y/o destrucción (art. 6, inc. 6.3); 2) Obligación del propietario de un bien mueble integrante del PCN, de registrarlo, protegerlo y conservarlo adecuadamente, evitando su abandono, depredación,

¹²⁹MARTORELL CARREÑO, Alberto, id., pp. 21 y s.

¹³⁰MARTORELL CARREÑO, Alberto, id., pp. 22 y s.

deterioro y/o destrucción (art. 7, inc. 7.2.); 3) Obligación de las personas que adquieren bienes integrantes del PCN, de cumplir los trámites establecidos y acreditar la validez de su adquisición (art. 18); 4) Los propietarios particulares de bienes muebles e inmuebles integrantes del PCN tienen la obligación de: facilitar el acceso a los inspectores del INC (art. 21, inc. a)), permitir el acceso a los investigadores debidamente acreditados (art. 21, inc. b)), proporcionar la documentación histórica, titulación y demás documentos que puedan requerirse en razón de investigaciones científicas (art. 21, inc. c)); 5) Consentir la ejecución de obras de restauración, reconstrucción o revalorización del bien mueble o inmueble, por parte del INC (art. 21, inc. d)).

c) Obligaciones y beneficios de los propietarios

- Obligaciones

Tratándose de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural de la nación de propiedad privada, se manifiesta que conservan su condición de particular, siendo que el propietario está obligado a registrarlo, protegerlo y conservarlo adecuadamente, evitando su abandono, depredación, deterioro y/o destrucción. Sobre este aspecto, debemos indicar que el problema es que se solicita un registro a los propietarios, pero en la realidad esto no se da, o se da de forma incompleta, los propietarios de bienes culturales muebles por lo general poseen mayor número de bienes de los expresamente registrados, lo cual origina el tráfico ilícito de dichos bienes; inclusive las instituciones encargadas de la protección de dichos bienes, llámese Instituto Nacional de Cultura, Biblioteca Nacional y Archivo Nacional, no cuentan con la totalidad del registro de los bienes que tienen en su custodia, omitiendo una responsabilidad importante en sus funciones.

Ahora bien, el propietario en cuyo predio exista un bien inmueble integrante del patrimonio cultural prehispánico, estará obligado¹³¹ a igual que en el caso de los bienes muebles: a) *registrarlo*, es decir poner en conocimiento a las autoridades, de su existencia, y que quede registro de ello; b) *protegerlo y conservarlo*, es decir se convierte en su custodio principal; c) *evitar su abandono*, con lo cual se encarga de su administración y cuidado; d) *evitar su depredación y/o destrucción*, implica velar por

¹³¹ Art. 6. 6.3., Ley 28296, Ley General del Patrimonio cultural de la nación.

su conservación, además implica restringir, recortar las facultades que le asiste en calidad de propietario del bien ¹³², porque no pueden destruirlo. En caso de incumplimiento de estos deberes por negligencia o dolo, la ley refiere; que acarrea responsabilidad administrativa, civil y penal, según corresponda. En caso del propietario podría ser pasible de responsabilidad administrativa y hasta penal según sea el caso.

En contraposición a las exigencias que se hacen a los propietarios, debemos señalar: *primero*, que la ley no establece tiempos límites para hacer de conocimiento a la autoridad de la presencia de patrimonio cultural en su propiedad privada (registro del bien), siendo posible que estos permanezcan inexistentes para el Estado y la sociedad, lo que los hace más propensos para su alteración y posible destrucción; *segundo*, las responsabilidades de protección, conservación y otros requerimientos, se le asigna de hecho a los propietarios de bienes culturales privados, sin tomar en consideración el desconocimiento del tratamiento (técnico y especializado) que requiere este tipo de bienes, de lo cual no son especialistas los propietarios; y *tercero*, las restricciones de depredación y destrucción, más allá de constituir un serio recorte a su derecho de propiedad, sumado a la imposibilidad de efectuar modificación alguna al inmueble sin una previa autorización, ocasiona gastos de tiempo y economía en el propietario del inmueble, lo que a la larga conlleva al silencio de los propietarios de dichos bienes, de la presencia de bienes culturales en su propiedad.

La norma fija obligaciones a los propietarios particulares de los bienes muebles e inmuebles: a) facilitar el acceso a los inspectores del INC, previo aviso, o en cualquier momento cuando las condiciones de urgencia así lo ameriten a juicio de dicha institución; b) permitir el acceso a los investigadores debidamente acreditados; c) proporcionar la documentación histórica, titulación y demás documentos que puedan requerirse en razón de investigaciones científicas; d) consentir la ejecución de obras de restauración, reconstrucción o revalorización del bien mueble o inmueble por parte del INC, cuando fuere indispensable para garantizar la preservación óptima del mismo.

¹³² Art. 923 del Código civil peruano, D. Leg. 295. “*La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien...*”, pues, en la facultad de disponer se encuentra la posibilidad de alterar o destruir el bien.

- Beneficios

En cuanto a los beneficios con los que cuentan los propietarios de bienes culturales, de acuerdo a la Ley N° 28296, regula como incentivos tributarios indicando que las personas naturales o jurídicas que sean propietarias de bienes culturales muebles o inmuebles, gozan de los siguientes *beneficios tributarios*: 1) No están gravados con el Impuesto Predial los predios declarados monumentos integrantes del PCN por el Instituto Nacional de Cultura; 2) No están gravadas con el Impuesto de Alcabala las transferencias a título gratuito u oneroso de bienes inmuebles integrantes del PCN que efectué el Gobierno Central, Regional y las Municipalidades a favor del INC, BN y el AGN (art. 46).

En cuanto a las donaciones que efectúen las personas naturales o jurídicas, para conservar, restaurar y valorizar los bienes culturales a favor del Sector público y entidades sin fines de lucro serán deducibles como gasto de conformidad con lo dispuesto en el inc. x) del art. 37 e inc. b) del art. 49 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta aprobado por D.S. N° 054-99-EF (art. 47). No están gravados con el IGV y los derechos arancelarios, la importación de los bienes integrantes del PCN con la certificación correspondiente expedida por el INC (art.48).

Se establece exoneración de impuestos sobre bienes culturales¹³³, a fin de reducir sus gastos tributarios y facilitar a los propietarios que tengan el bien en las mejores condiciones posibles; para el Estado es aceptable que el propietario de un bien cultural —asumiendo su deber de protección del mismo—, invierta en esta labor como se trata de un gasto que en cierta manera beneficia a la nación, se considera admisible la deducción de estos impuesto. Pero el favorecimiento a los compradores y vendedores de bienes culturales, es discutible, no porque esto genere una compensación con respecto al Estado y la conservación del bien, sino porque, quienes cuentan con las mayores colecciones de bienes culturales son personas de ingresos económicos muy altos. Los bienes culturales constituyen un capital fuerte, son elementos de riqueza; por lo que, de manera indiscutible los beneficios tributarios por concepto de compra-venta, deben estar relacionados a instituciones sin fines de lucro, o el caso de donaciones de particulares a instituciones encargadas del PCN. Aunque la

¹³³MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., pp. 190 y s.

posibilidad de deducción podía generar irregularidades con falsas declaraciones; la ley prevé, que el gasto debe acreditarse ante el órgano público, quien autoriza los trabajos de restauración y los supervisa.

Por otra parte muchas veces las exoneraciones tributarias no son suficientes para los propietarios, cuando sus recursos son a lo sumo para su subsistencia, siendo imposible contar con medios para la conservación y protección del PCN. Los beneficios a favor de los propietarios o poseedores del PCN, no sólo debe ser en materia tributaria; pues de los principios que deben inspirar las políticas del patrimonio cultural, rescatados de los documentos internacionales sobre la protección del patrimonio cultura, se manifiesta en un postulado que: *el compromiso coordinado de los sectores público y privado es determinante para el futuro del patrimonio; se debe apoyar la acción de los propietarios privados que tienen la carga de buena parte de ese patrimonio, y se reconoce que los recursos públicos son siempre insuficientes para la protección de él, y deben ser completados por otras formas de financiación*¹³⁴. En efecto, si los propietarios o poseedores no cuentan con los recursos que les permita cumplir con su obligación de mantenimiento y conservación de los bienes culturales, la entidad estatal encargada debería contribuir en financiar dichos gastos o contribuir a encontrar dicho financiamiento.

1.2.4.6. Transferencia y traslado de los bienes culturales

a) Transferencia de bienes culturales

La transferencia de los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación conforme lo expresa la norma¹³⁵ es posible siempre que se efectué dentro del territorio nacional; transferencia que es libre y bajo cualquier título, pero siempre con observancia de los requisitos y límites que establece la ley. En el caso que la *transferencia sea a título gratuito*¹³⁶ el propietario que pretende transferir gratuitamente deberá comunicarlo previamente al organismo competente, bajo sanción de nulidad; y en caso de que la *transferencia sea a título oneroso*¹³⁷ el

¹³⁴ ALVAREZ ALVAREZ, José Luís, “El Patrimonio Cultural. De dónde venimos, donde estamos y a donde vamos?”, en Revista Española N° 1, Año 1997, pp. 15-31.

¹³⁵ Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación Tit. I, Cáp. II, Art. 9, Transferencia de Bienes.

¹³⁶ Art. 12 del Reglamento de la Ley general del Patrimonio Cultural de la Nación, D.S. N° 011-2006-ED.

¹³⁷ Art. 13 del Reglamento de la Ley general del Patrimonio Cultural de la Nación, D.S. N° 011-2006-ED.

propietario (público o privado), deberá comunicar igualmente al organismo competente, debiendo además declarar el precio y las condiciones para la transferencia, la misma que constituirá una *oferta de venta irrevocable*. Ahora bien, tratándose de transferencias onerosas, el Estado tiene *derecho de preferencia* sobre éstas bajo sanción de nulidad, la misma que consiste en que el Estado contará con 30 días útiles de plazo a partir de la presentación de la oferta, para pronunciarse si acepta la oferta de venta; vencido el plazo al igual que en todo trámite administrativo, opera la caducidad del derecho de preferencia, pudiendo el propietario transferir dichos bienes culturales a otros interesados.

La razón de una regulación estricta sobre la transferencia de bienes culturales; es, con la finalidad de evitar el comercio o tráfico ilícito de bienes culturales, y la consecuente pérdida del bien cultural para los intereses nacionales, e ahí, la justificación del derecho de preferencia del Estado en la adquisición de los bienes. Pero creemos que no es el único medio para combatir ilícitos de mayores magnitudes como el tráfico de bienes culturales, puesto que, sólo será posible el control de los bienes que el Estado tiene registro de su existencia, mas no de aquellos que aún se mantiene inexistentes para el Estado y la sociedad.

La norma regula también sobre las subastas públicas¹³⁸ de los bienes culturales, indicando que deberá comunicarse con un plazo antelado de 20 días útiles al organismo competente, adjuntándose las bases e información de los bienes culturales a subastarse. Evento al que asistirá un representante del organismo competente debidamente acreditado, quién deberá manifestar si su representada ejerce el derecho de adquisición preferente. En caso de inasistencia del representante del organismo competente a la subasta, siempre que exista notificación debida, se interpretará su ausencia como una renuncia al ejercicio del derecho de adquisición preferente del Estado.

Finalmente, respecto a la transferencia de bienes integrantes del PCN, se fijan dos prohibiciones: el primero, consiste en la prohibición de entrega del bien a personas que estén cumpliendo condena por la comisión de ilícitos del Título VIII del Libro

¹³⁸ Art. 14 del Reglamento de la Ley general del Patrimonio Cultural de la Nación, D.S. N° 011-2006-ED.

Segundo del Código penal (delitos contra el patrimonio cultural), la misma que, constituiría una afrenta a los intereses culturales si se incumple; y el segundo refiere a la prohibición que los bienes integrantes del PCN, no podrán ser transferidos separadamente, si se trata de colecciones, prohibición que procura mantener la integridad de los bienes culturales y su valor cultural.

b) Traslado de bienes culturales

El traslado de bienes culturales (muebles) que no siempre implica el cambio de dominio, sólo procede cuando se desarrolla dentro del territorio nacional¹³⁹, es decir, está prohibido su traslado fuera del país¹⁴⁰, con la finalidad de evitar su pérdida material y de su función social.

La norma precisa que el propietario o poseedor del bien cultural, para efectos del traslado está obligado a adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la integridad del bien mueble; de manera que no se produzca su deterioro o destrucción; asimismo está obligado a comunicar previamente al organismo competente sobre el traslado, el lugar de destino, e informar cuando lleguen los bienes (en el plazo de dos días)¹⁴¹ y, su posterior verificación del estado de conservación, todo bajo responsabilidad. Consideramos que no es suficiente estos requisitos, creemos que debe exponerse las razones del traslado, de los medios y mecanismos de la operación, a fin de prevenir ilícitos.

Debe consignarse en el registro administrativo, si se trata de un traslado temporal o definitivo. Es posible negar el traslado, cuando el estado de conservación del bien cultural, presenta un grado de deterioro, que impida su traslado; y la segunda razón es que, las medidas para salvaguardar su integridad no sean adecuadas, pudiendo requerirse medidas adicionales; en caso de producirse el traslado sin la autorización respectiva se procede a la incautación del bien.

¹³⁹ Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, art. 32 Traslado dentro del territorio nacional.

¹⁴⁰ Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, art. 33 Prohibición de salida.

¹⁴¹ Art. 51 del Reglamento de la Ley general del Patrimonio Cultural de la Nación, D.S. N° 011-2006-ED.

Ante la prohibición de salida al exterior de bienes culturales; la misma norma establece excepciones¹⁴², para esto se requiere la emisión de una resolución suprema que la autorice; situación que será posible en los siguientes casos: a) Por *motivos de exhibición* siempre que se trate de fines científicos, artísticos y culturales; b) Para *estudios especializados* que no puedan ser realizados en el país, que deberá ser demostrado, así como por necesidad o urgencia de la realización del estudio; c) Por *motivos de restauración* que no pueda realizarse en el país; y, d) Por *viajes de Jefes de Misión, Cónsules o Diplomáticos acreditados*, por el plazo que dure su permanencia en el exterior. De las cuatro razones expuestas, consideramos que las tres primeras son justificadas; mientras que la cuarta (viajes de Jefes de Misión, Cónsules o Diplomáticos acreditados), a nuestro parecer constituye una puerta abierta para la extracción legal de bienes culturales y su posterior comercio en el exterior y consecuente pérdida para la nación; principalmente porque no existe una justificación *más allá de la acreditación de los funcionarios* que recae sobre la persona, pero no tiene ningún vínculo con los bienes culturales. Otra razón es, porque no existe un control severo sobre este tipo de salida, la misma que es advertida no sólo a nivel nacional sino también en otras legislaciones.

En cuanto al tiempo de la autorización, la norma señala el término no mayor de un año, el mismo que puede prorrogarse por un periodo similar por una sola vez; es decir, los bienes culturales pueden permanecer por el periodo máximo de dos años fuera del territorio nacional. La ley también manifiesta que la autorización requiere obligatoriamente la opinión previa del organismo competente —debiera fijarse una opinión positiva—, y la contratación como mínimo de una póliza de seguro *clavo a clavo*, contra todo riesgo a favor del propietario del bien, quien deberá realizar la valorización respectiva. Sobre este último punto debemos manifestar nuestro desacuerdo, en el sentido de que, se crea una valoración económica sobre los bienes culturales, en el que predomina el valor cultural y social de este tipo de bienes.

Otros aspectos que regula la ley y sobre el que sólo haremos una breve mención, es acerca de la *exhibiciones, las colecciones y museos*, que están permitidas dentro del territorio nacional, y excepcionalmente exhibiciones en el extranjero, por razones ya

¹⁴²Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, art. 34 Excepciones de salida.

expuestas; sin embargo en estas tres situaciones hay algo en común: requieren de autorización —específica— por resolución administrativa para llevarse a cabo; luego una rigurosa supervisión a la cual son sometidas o deben ser sometidas, siempre teniendo como finalidad la preservación de los bienes culturales; asimismo, otro aspecto que comparten es, la *responsabilidad administrativa, civil y penalmente* —que tendrán los encargados—; por el deterioro o daños negligente o doloso que pudiesen sufrir los bienes culturales.

La regulación de estos aspectos: *transferencia, traslado, y titularidad* entre otros, tiene como único objetivo la protección del patrimonio cultural de la nación; en esta misma línea, el Estado¹⁴³ por medio del Poder Ejecutivo¹⁴⁴ celebra convenios internacionales para la ejecución de proyectos de conservación, restauración y difusión de bienes integrantes del PCN, con la cooperación internacional no reembolsable; igualmente se impulsan acuerdos internacionales para reforzar la lucha contra el tráfico ilícito y para lograr su repatriación.

Asimismo encontramos la intervención de Gobiernos Regionales y Municipales¹⁴⁵, los mismos que deben prestar asistencia y cooperación a los organismos pertinentes, en las labores de cooperación en actividades de identificación, inventario, registro, investigación, protección, conservación, difusión y promoción; dictar medidas administrativas necesarias para su protección, conservación y difusión; elaborar planes y programas orientados a esas actividades. Pero las ordenanzas, resoluciones, acuerdos y reglamentos emitidos por estos entes gubernamentales requieren de la opinión previa y obligatoria del organismo competente, caso contrario serán nulas de pleno derecho.

1.2.5. Infracciones Administrativas Sancionadas

Las infracciones administrativas sancionadas en la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, se encuentran en el Título VI, art. 49 y consisten en: *omisión de registro, daño, salida sin autorización, promoción, excavación,*

¹⁴³Ley N° 28296 Ley general del patrimonio Cultural de la Nación art. 25, Cooperación internacional.

¹⁴⁴Ley N° 28296 Ley general del patrimonio Cultural de la Nación art. 30 Concesiones. Igualmente para las concesiones es obligatoria la autorización previa del INC, caso contrario será nulo de pleno derecho.

¹⁴⁵Ley N° 28296 Ley general del patrimonio Cultural de la Nación art. 28 y 29.

alteración y ejecución de obra; conductas que en caso de infracción serán pasibles de *multas, incautaciones y decomisos, paralización y/o demolición de obra* (sanciones), que se impondrán sin perjuicio de las penas que se impongan en el ámbito penal por los delitos cometidos contra el patrimonio cultural de la nación. Estas conductas infractoras son:

1.2.5.1. Incumplimiento del registro del bien ante el organismo competente

La conducta consiste en omitir solicitar el registro del bien cultural ante el organismo encargado sea el INC (hoy Ministerio de Cultura), el Archivo General de la Nación o la Biblioteca Nacional, cuya consecuencia es netamente administrativa.

El art.15 de la Ley¹⁴⁶ crea el Registro Nacional Patrimonial Informatizado de bienes que forman parte del patrimonio cultural de la nación, a cargo del INC, en el que se dispone que el registro debe ser de oficio, es decir bajo responsabilidad única del órgano encargado; sin embargo, en el art. 17 prescribe¹⁴⁷ la obligatoriedad de los propietarios particulares de solicitar el registro. Muy a pesar de regularse estas dos formas de registro; ni en la Ley ni en su Reglamento el D.S. N° 011-2006-ED, se ha establecido un plazo límite para las referidas actividades.

Aunque como medida transitoria en la ley se estableció que los propietarios de bienes muebles debían presentar la solicitud para su registro en el plazo de tres años a partir de la publicación del reglamento de la ley (02 de junio de 2006); el plazo ya feneció, sin que se haya obtenido resultados positivos, en contraposición no se tiene una norma que obligue al registro de los bienes, por lo que el plazo continua siendo indefinido; esta medida sólo se fijó para bienes muebles, omitiéndose pronunciamiento respecto de los bienes inmuebles cuyos propietarios deben solicitar su registro y declaración (reconocimiento) de ser el caso, porque corren el riesgo de ser alterados o destruidos.

¹⁴⁶Ley N° 28296, art. 15.15.1. “Crease el Registro Nacional Patrimonial Informatizado de Bienes Integrantes del patrimonio Cultural de la nación a cargo del INC que tiene por objeto la centralización del ordenamiento de datos de los bienes culturales de la nación, en el marco de un sistema de protección colectiva de su patrimonio a partir de la identificación y registro del bien”. 15.2. ***“Todo bien que se declara integrante del patrimonio cultural de la nación será inscrito de oficio en el Registro nacional de bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, generándose una Ficha Técnica en la que constara la descripción pormenorizada y el reconocimiento técnico del bien, y un Certificado de registro del organismo competente que otorga a su titular los beneficios establecidos en la presente ley (...)”***.

¹⁴⁷Ley N° 28296, art. 17: ***“El propietario de un bien que es integrante del patrimonio cultural de la nación está obligado a solicitar ante el organismo competente el registro de los mismos”***.

Estas proposiciones indefinidas, propician que la labor de registro no se realice nunca y el patrimonio cultural no inventariado continúe por siempre en dicha situación de inexistencia, bajo el amparo de la negativa figura legal de la presunción. Ninguna de las normas vigentes, establece alguna sanción para los propietarios o poseedores de bienes culturales que no los registren, ya sea por dolo o negligencia; de manera que la presente norma resulta vaga, incompleta e inútil. La obligación del registro debe ser imperativa y el incumplimiento doloso o culposo debe merecer una sanción, que tendría que llegar hasta la pérdida de dominio sobre el bien cultural en caso de reiterarse, porque su *no registro* implica para nosotros no sólo el desconocimiento de su existencia, sino una exposición a la comisión de ilícitos y su subsecuente impunidad.

Ahora bien, con respecto a la sanción, de acuerdo al art. 94 de su Reglamento (D.S. 011-2006-ED), la multa es una sanción pecuniaria que se establece de acuerdo a la gravedad de la infracción. Sin embargo, al tratarse de una infracción netamente administrativa, sin plazos ni condiciones, la sanción de una multa será difícilmente ejecutable, porque al no registrarse el bien es como si no existiese; y, sólo será posible una sanción en el caso de que se intervenga la autoridad por algún otro ilícito visible en contra del bien cultural, como puede ser una alteración o destrucción significativa. Sin embargo, creemos que de persistir dicha conducta omisiva, la administración debiera adoptar medidas más drásticas que implique la pérdida del bien a favor del Estado (temporal y definitivamente para los reincidentes), pero debiendo acompañarse con acciones de supervisión y control por parte de las autoridades encargadas por ley.

1.2.5.2. El daño con dolo o negligencia declarada por el organismo competente

Ésta constituye una de las conductas controvertidas en el área administrativa, porque no se señala el tipo de daño ocasionado al bien cultural, pero además esta conducta se regula en la norma penal. A nuestro parecer, en el caso de la conducta dolosa debe entenderse no como infracción administrativa sino un delito, porque está implícita la intención de lesionar no solo el objeto sino el significado subjetivo del bien, el cual pertenece a todos los peruanos y cuya alteración o pérdida es irreversible. En cuanto al

daño por negligencia, igualmente ya se sanciona en el Código penal como conducta agravante de los funcionarios públicos encargados de su protección.

Y en relación a las sanciones que se imponen a las conductas de este acápite, resulta ilógico poner una simple multa o tan sólo pretender la incautación o decomiso de un bien dañado o destruido; si se trata del accionar de un funcionario público en ejercicio de su actividad, que tiene la condición de garante respecto al bien; resulta ilógico pretender incautar un bien que pertenece al Estado y la nación, cuando la posesión sobre el bien es únicamente de custodia o preservación, lo más sensato sería separarlo de su función (inhabilitación).

Con lo manifestado se demuestra que, la redacción de este dispositivo es confusa, debe aclararse de qué grado de daño ocasionado se habla, para habilitar las sanciones referidas en el ámbito administrativo, y las sanciones impuestas no parezcan desproporcionales en relación a las establecidas en la norma penal por la misma conducta, asimismo debe especificarse acerca de la labor o condición del actor de la infracción en vista que la norma penal también comprende el accionar de funcionarios públicos.

1.2.5.3. Extracción del bien cultural sin autorización o certificación que descarte su condición de tal

La salida, implica extracción del bien cultural del país sin autorización, conducta que también se encuentra comprendida en el art. 228 del Código penal, con lo cual se presume una vulneración del *ne bis in idem*, situación que se verá en el tercer capítulo.

Según la Ley N° 24047¹⁴⁸, se trata del intento de salida ilícita de bienes pertenecientes al patrimonio cultural o de bienes culturales que, aunque no pertenecen al patrimonio cultural, no cuentan con la certificación respectiva. Esto quiere decir que quien intente sacar bienes culturales, aunque esté en la plena convicción de que

¹⁴⁸Ley N° 24047, Sanciones administrativas, inc. 1: “multa y decomiso de los bienes culturales cuya exportación se intente sin el certificado del organismo pertinente que descarte la presunción de ser un bien del patrimonio cultural de la nación o que autorice su salida del país de origen”.

no forman parte del patrimonio, debe obtener un certificado oficial en tal sentido, por lo que se trataría de bienes de paso por el Perú¹⁴⁹.

En la Ley N° 28296, art. 33 se señala que está prohibida la salida de los bienes muebles del patrimonio cultural del territorio nacional sin autorización previa, salvo excepciones mediante el otorgamiento de una Resolución Suprema que debe ser refrendada por el Ministerio de Educación (hoy está a cargo del Ministerio de Cultura), la que procede en casos: de exhibición con fines científicos, artísticos y culturales (inc. a)), para hacer estudios especializados (inc. b)), por motivos de restauración (inc. c)) y por viajes de Jefes de Misión, Cónsules o Diplomáticos acreditados; todas ellas, pero con la obligatoria opinión previa del organismos competente y con la contratación como mínimo de una póliza de seguro, contra todo riesgo a favor del propietario del bien, quien deberá realizar la valorización respectiva. Aunque la norma permitía que los bienes culturales autorizados pueden salir del país con pólizas de seguro contra todo riesgo a favor del Estado, con ello sólo se desconoce que se trata de bienes no fungibles, ignorándose más bien el valor y la importancia que representan, por lo que cualquier seguro no cubrirá la pérdida de los bienes culturales.

Siendo que el tiempo de autorización de salida de un bien cultural en caso de darse es por un año, el mismo que puede ser prorrogable por igual periodo y por una sola vez; los bienes serán cautelados por el representante diplomático peruano del país de visita respectivamente. Lo que nos hace inferir que el país destinatario contará con representante diplomático obligatoriamente, en cuya sede se efectuara la prorroga y velará por la integridad de los bienes culturales y el cumplimiento de su objeto de visita, como de su retorno; por lo que debiera establecerse responsabilidad del funcionario encargado de la embajada, sobre su manutención y conservación de los bienes culturales.

Con la derogada Ley N° 24047 salían del territorio nacional, con los mismos tramites, pero sin límite de plazo ni seguro: a) Los objetos que tienen la certificación de ser bienes culturales, y que salen con destino a embajadas del Perú o a museos en el

¹⁴⁹MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., p. 195.

exterior; y, b) los objetos que salen como donaciones del Estado a similares amigos como expresiones de amistad, gratitud o valoración. Al respecto el Estado es un ente representativo de la nación, no está por encima de ella, por lo que no debiera disponer de nuestro patrimonio cultural para donaciones a otros Estados, ni de cualquier otra forma que involucre una pérdida para la nación¹⁵⁰.

Sobre este último aspecto Ramiro Matos¹⁵¹ opino, “Mientras todos los países del mundo se preocupan por defender su riqueza, tanto natural como cultural, el Perú se caracteriza por demasiada generosidad, para no llamar entreguismo, dependencia y sumisión a los poderosos de adentro y de afuera”. Este dispositivo es lesivo a los intereses de la nación por cuanto los bienes culturales, fundamentalmente prehispánicos, al tener la condición jurídica de inalienables e imprescriptibles, son de uso y dominio público y como tal, el Estado no tiene la potestad de disponer de ellos, porque no se encuentran en el ámbito de su patrimonio, y ningún gesto de amistad o generosidad justifica la pérdida de bienes culturales.

En cuanto a la sanción que se impone, debemos indicar que resulta tan desproporcional que la extracción del patrimonio cultural sea pasible únicamente de una multa, incautación del bien o decomiso; la incautación o decomiso son sanciones accesorias, pero una simple multa, tratándose de acciones de tráfico y como tal corresponde al Derecho penal su regulación.

Como conclusión hay que señalar que la excepción que permite la exportación de bienes culturales con autorización mediante Resolución Suprema, es una ventana para el tráfico de bienes culturales nacionales al extranjero, mientras no exista normas claras sobre el tema; la exportación de bienes culturales conforme a las reglas existentes constituye un riesgo de pérdida, porque se priva a la nación de su derecho a información, conocimiento y disfrute de su existencia.

¹⁵⁰MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio cultural: protegiendo las raíces de nuestra historia, ob.cit., pp. 184 y s.

¹⁵¹TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit., pp. 132 y s.

1.2.5.4. Introducir al Perú bienes culturales, sin la certificación que autorice la salida del país de origen

Se sanciona administrativamente el acto de introducir patrimonio cultural de otras naciones sin la autorización correspondiente; sin embargo, no se señala quien será el encargado de determinar si el bien es patrimonio cultural.

En este punto será de trascendental importancia el cumplimiento de tratados y convenios internacionales, para lo cual se requiere contar con la colaboración activa de los países suscriptores, brindando información inmediata sobre robos y sustracciones de bienes integrantes de su patrimonio cultural respectivos. A ésta información deben sumarse los catálogos de registros actualizados, con anotaciones de las características de los bienes culturales, que faciliten su identificación y recuperación. Pero esta labor no quedara concluida si el bien retenido no es devuelto a su país de origen, para lo cual se requiere normas administrativas que contribuyan a este fin.

Finalmente consideramos que la sanción de multa acompañada de la incautación no es suficiente, porque ésta acción al igual que la antes descrita, es parte del tráfico de bienes culturales, por lo que creemos que pudiese hacerse más en favor al intentar evitarse o combatir como delitos contra el patrimonio cultural, como lo señalaron autores españoles en un conversatorio¹⁵²; hace falta mayor cooperación no sólo judicial que facilite la repatriación de los bienes culturales, sino que brinde información sobre los agentes del tráfico cultural y se permita la extradición de los mismos, o la participación de la figura de agentes encubiertos que intervengan en el seguimiento y captura de estas bandas internacionales. Pero además del ámbito jurídico, se debe tener precisado quienes son los países exportadores y cuales los importadores, establecer el mapa de estos y sus rutas, y buscar que los Estados que no son Parte de los Convenios, los suscriban; inclusive conociéndose que los inventarios no son perfectos, podría intentarse un modelo unificado entre los Estados parte, que ya se han presentado, con la finalidad de facilitar la ubicación y recuperación de los bienes culturales.

¹⁵²Dr. Miguel Polaina Navarrete (Doctor en Derecho, profesor de Derecho de la Universidad de Sevilla- España) y Dr. Antonio Roma Valdez (Fiscal de Patrimonio Histórico de Santiago de Compostela – España) Conferencia “Tráfico Ilícito de Bienes Culturales”, 30 marzo 2009, Lima, Perú.

1.2.5.5. Excavaciones¹⁵³ en sitios arqueológicos o cementerios, o alteración de bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación sin tener la autorización correspondiente del Instituto Nacional de Cultura o la certificación que descarte la condición de bien cultural

La conducta infractora consiste en promover y realizar excavaciones en sitios arqueológicos, la misma que se encuentra regulada de similar forma en el art. 226 del Código penal, así como la conducta de alterar bienes inmuebles del patrimonio cultural se encuentra regulado en el art. 228 del C.P., produciéndose en este acápite una aparente vulneración del *ne bis in idem*. Estas conductas corresponden a ilícitos penales por la forma del accionar de los sujetos, y la afectación o lesión ocasionada en los bienes culturales; de manera que, la imposición de una sanción administrativa resulta benigna. Pero más ampliamente desarrollaremos este punto en el último capítulo.

1.2.5.6. Ejecución en inmueble integrante o vinculado al patrimonio cultural de la nación sin contar con la autorización previa o cuando contando con tal autorización se comprueba que la obra se ejecuta incumpliendo técnicas aprobadas por el Instituto nacional de cultura

Ésta constituye una medida administrativa que debe mantenerse en simultaneidad con la norma penal, porque las acciones implican una alteración o desaparición del bien cultural, y en caso de persistirse luego de un orden de paralización si es grave el daño, debe procederse con la denuncia penal.

La misma norma especial establece requisitos para las actividades relacionadas con ejecución de obras en bienes inmuebles¹⁵⁴: a) Toda *obra pública o privada* de edificación nueva, remodelación, restauración, ampliación, refacción, acondicionamiento, demolición, puesta en valor o cualquier otra que involucre un bien inmueble, requiere para su ejecución de la autorización previa del INC; b) Es nula la *licencia municipal* que carezca de dicha autorización, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan; c) El INC queda facultado para disponer la *paralización y/o demolición de la obra no*

¹⁵³Ley del Patrimonio histórico español, Ley 16/1985 del 25/06/85. art.76.1. f) La realización de excavaciones arqueológicas u otras ilícitas a que se refiere el art. 42.3.

¹⁵⁴Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación art. 22.

autorizada, de la que se ejecute contraviniendo, cambiando o desconociendo las especificaciones técnicas y de las que afecten de manera directa o indirecta la estructura o armonía de bienes inmuebles vinculados al patrimonio cultural de la nación, solicitando el auxilio de la fuerza pública, en caso de ser necesario; d) Las paralizaciones de obra y las demoliciones que ordene el INC, se *ejecutaran por vía coactiva* y todo gasto que se irrogue será asumido por los infractores. La orden de paralización de obra o de demolición a que se refiere esta ley, conlleva la obligación de los infractores de devolverla al estado anterior de la agresión, salvo el caso de imposibilidad material demostrada, correspondiendo a dicha entidad ejercer las acciones legales necesarias; y, e) En los casos en que se compruebe la *destrucción o alteración de un inmueble* sometido al régimen que prevé esta ley, los organismos competentes darán cuenta al Ministerio Público para que inicie la acción penal correspondiente.

Las acciones que frenan las ejecuciones contra vinientes sobre los bienes inmuebles implican: *paralizar* que es detener lo que se estaba construyendo o paradójicamente lo que se estaba destruyendo tratándose de patrimonio cultural, si el daño es mínimo o reversible la multa será una buena medida administrativa, en tanto que si el daño es de gran magnitud e irreversible y se produce una pérdida del bien cultural lo correcto sería la paliación de una sanción penal; la *demolición* es la medida que ocasiona la destrucción de lo construido, pero aquí la sanción debe ser penal. Igualmente sobre este acápite se verá en el capítulo que sigue.

1.2.5.7. Incumplimiento de las demás obligaciones previstas en la presente ley y las que se establezcan en el reglamento

Dispositivo amplio que pretende cubrir los vacíos de la presente ley.

En conclusión la Ley N° 28296, contiene muchas imprecisiones, vacíos, sobre todo requiere precisar respecto a la *declaración general* que se otorga a todos los bienes culturales, pero dejando de lado la figura de la presunción y mas bien, amparándose en niveles de protección por la importancia que pueda suscitar los diferentes bienes, así como estableciéndose niveles de daño ocasionados al patrimonio cultural, de manera que no se dé la figura del *nen bis in idem*, y sean por ejemplo los daños leves

los que merezcan sanción administrativa y sólo los graves pasen al ámbito penal como *última ratio*.

Pero ésta norma debe ser de obligatoria remisión para efectos de tipificar los delitos penales, siendo que debiera requerirse la prejudicialidad administrativa; debiendo antes salvaguardarse los vacíos de la norma a ejecutar y vacíos e imprecisiones a corregir de ésta norma.

1.2.6. Sanciones Administrativas

Respecto a las infracciones y sanciones administrativas establecidas en el Reglamento de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación¹⁵⁵, señala que serán los organismos competentes, refiriéndose al Instituto Nacional de Cultura (hoy Ministerio de Cultura), la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación¹⁵⁶, quienes deberán emitir las disposiciones necesarias para reglamentar sus respectivos procedimientos sancionatorios y los criterios para la imposición de sanciones.

Ahora bien, la infracción administrativa¹⁵⁷ entendida como toda conducta por acción u omisión implica incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones y demás normas bajo el ámbito de competencia del ente respectivo (antes INC). Estas pueden ser de tres tipos: *Reincidencia*, cuando el infractor vuelve a cometer la misma falta en el mismo bien integrante del patrimonio cultural de la nación, dentro de los dos años siguientes de haber quedado firme la resolución que impuso la sanción anterior. *Pertinacia*, cuando el infractor comete la misma falta en otro bien integrante del patrimonio cultural de la nación dentro del periodo de dos años de haber quedado firme la resolución que impuso la sanción por la infracción anterior. *Reiterancia*, es el acto repetitivo de incumplir la normatividad en dos o más veces dentro de un periodo de un año, antes de que sea detectado por el correspondiente órgano del INC.

¹⁵⁵Decreto Supremo N° 011-2006/ED (01/06/06) Reglamento de la Ley general del Patrimonio cultural de la nación, Art. 93° y 94°.

¹⁵⁶ Congreso de la Republica del Perú, Ley N° 28296 Nueva Ley general del Patrimonio cultural de la nación, Art.49.1, del 22/07/04.

¹⁵⁷ Art. 3 al 6 de la Resolución Directoral Nacional N° 1405/INC (del 23/12/2005) Reglamento General de aplicación de sanciones administrativas por infracciones en contra del patrimonio cultural de la nación.

Todas las sanciones impuestas deben quedar registradas en el Registro de Sanciones, en el que se debe consignar como información mínima: los datos complejos del infractor, el número de la resolución que impone la sanción, la naturaleza de la sanción impuesta, los recursos impugnatorios y procesos judiciales; antecedentes que serán vigentes por un periodo de cinco (5) años; la finalidad del registro es proporcionar información como antecedente para imponerse nuevas sanciones futuras en casos de reincidencia.

Las sanciones administrativas son tres¹⁵⁸:

1.- La *Multa*, es una sanción netamente pecuniaria impuesta a la trasgresión de normas que protegen el patrimonio cultural de la nación, para efectos de la aplicación de la sanción de multa¹⁵⁹ se adopta el criterio del valor del bien y la evaluación del daño causado, los que deben plasmarse en un informe pericial del área técnica correspondiente a la tasación respectiva; la *multa*¹⁶⁰ se establece de acuerdo a la gravedad de la infracción y se determina sobre la base de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), que no puede ser menor de 0.25 de la UIT, ni mayor de 1000 UIT, la misma que permitirá la graduación de la sanción.

En la imposición de la sanción administrativa deberá tomarse en cuenta además: a) La naturaleza y gravedad de la infracción, b) El daño o perjuicio causado, c) La reiteración, reincidencia y/o pertinacia, d) El carácter intencional o negligente de la acción u omisión constitutiva de la infracción, e) El beneficio directo o indirecto obtenido por el infractor, f) Engaño y/o encubrimiento de hechos o situaciones, g) Reparación del daño o realización de medidas correctivas, urgentes o subsanación de irregularidades en que hubiese incurrido, realizadas hasta antes de vencido el plazo para presentar descargos, h) Otros hechos similares a los expuestos, los que serán debidamente sustentados en el caso específico. Pero además, la norma manifiesta que el pago de la multa no convalida la situación irregular, debe cesarse de forma

¹⁵⁸ Art. 11 de la Resolución Directoral Nacional N° 1405/INC (del 23/12/2005) Reglamento General de aplicación de sanciones administrativas por infracciones en contra del patrimonio cultural de la nación.

¹⁵⁹ Art. 12 y 13 de la Resolución Directoral Nacional N° 1405/INC (del 23/12/2005) Reglamento General de aplicación de sanciones administrativas por infracciones en contra del patrimonio cultural de la nación.

¹⁶⁰ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el patrimonio cultural, ob.cit., p. 316. La sanción administrativa mas usual es la multa, que obliga al sancionado al pago de una cantidad de dinero a la administración, su cuantía es muy variable, no hay un límite constitucional respecto a la cuantía, ni existe una regla que establezca que las sanciones administrativas de multa tengan que ser menores que las previstas para los delitos, de hecho hay multas administrativas de mayor cuantía que las multas para delitos del Código penal.

inmediata los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La multa que se impone no tiene carácter indemnizatorio¹⁶¹.

2.- *El decomiso*, consiste en la confiscación de bienes culturales muebles por infringir normas que protegen el patrimonio cultural de la nación, considerado también como la pérdida parcial de la propiedad del bien cultural la que podría pasar a favor del Estado; una vez *incautado* el bien será remitido al organismo competente para la evaluación correspondiente y efectuar su posterior decomiso o devolución según corresponda; es responsabilidad de los propietarios probar su titularidad caso contrario pasara a propiedad del Estado (colectividad).

3.- *La demolición*, es la destrucción parcial o total de obra ejecutada en inmuebles integrantes o vinculados al patrimonio cultural de la nación, cuando se realiza sin contar con la autorización previa o cuando contando con la autorización se comprueba que la obra se ejecuta incumpliendo las especificaciones técnicas aprobadas por el ente encargado (antes INC).

Respecto al desarrollo del proceso, los *Órganos Instructores*¹⁶² se encargan de: la instrucción preliminar, el procedimiento administrativo sancionador, dirige y desarrolla la instrucción del procedimiento administrativo sancionador. Todas las acciones se realizan de oficio, todas las actuaciones necesarias para el análisis de los hechos, recabando los datos, informaciones y pruebas que sean relevantes para determinar según sea el caso, la existencia de infracciones sancionables; emitir el informe técnico, en el que conste detalladamente los hechos ocurridos que orienten al órgano sancionador para la aplicación o no de la sanción correspondiente; la evaluación del daño causado, valor del bien, tasación y peritaje según corresponda; disponer las medidas preventivas y/o cautelares cuando corresponda.

La Comisión es el órgano encargado de proponer las sanciones administrativas por infracción en contra del patrimonio.

¹⁶¹ Art. 14 de la Resolución Directoral Nacional N° 1405/INC (del 23/12/2005) Reglamento General de aplicación de sanciones administrativas por infracciones en contra del patrimonio cultural de la nación.

¹⁶² Art. 20 de la Resolución Directoral Nacional N° 1405/INC (del 23/12/2005) Reglamento General de aplicación de sanciones administrativas por infracciones en contra del patrimonio cultural de la nación.

Aunque no está comprendida en el título de sanciones administrativas, en el art. 11 de la Ley, se regula la figura de la *expropiación de bienes inmuebles*, que más bien es una medida administrativa en beneficio de la colectividad pero a cambio del pago de una compensación a los propietarios particulares de estos bienes, porque significa la pérdida de dominio del bien. Situación que podría utilizarse, cuando los bienes de su dominio se encuentren en peligro de perderse por abandono, negligencia o grave riesgo de destrucción o deterioro sustancial declarado por el Instituto Nacional de Cultura (hoy Ministerio de Cultura), siempre que su propietario no cuente con los medios para conservarlo. Pero, a su vez la misma norma, indica que el procedimiento de expropiación podría suspenderse, si ante la declaración del INC, el propietario del bien, dentro del plazo que establece la ley inicia la ejecución de las obras necesarias que permitan conservarlo, restaurarlo o ponerle en valor.

La *expropiación*, debería estar comprendida en el título de sanciones administrativas, pero la norma resultaría nula si no existe un registro de los bienes inmuebles culturales y el registro de sus propietarios o poseedores; además, se sanciona la conducta omisiva de los propietarios, aunque también debiera aplicarse a los propietarios que actúan con dolo; por otro lado, las labores de conservación y restauración deben estar autorizadas y requieren de un presupuesto económico del cual no siempre cuentan los propietarios, todo ello conlleva al silencio de los propietarios de inmueble respecto a la presencia de patrimonio cultural en sus dominios.

Sin embargo, los procedimientos de aplicación de las sanciones administrativas carecen de reglamento sancionador haciendo imposible su aplicación y, obligando a recurrir a las normas penales para sancionar acciones que en muchas ocasiones debieran ser merecedoras únicamente de una sanción administrativa por no ser graves.

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO CULTURAL PERUANO

Las conductas lesivas contra los bienes del patrimonio cultural se encuentran estipuladas en la legislación penal nacional, en razón al mandato del art. 21 de la Constitución Política¹⁶³, que le otorga la categoría de bien jurídico al Patrimonio Cultural de la Nación¹⁶⁴; en atención, a su especial legado histórico, arqueológico, arquitectónico, artístico o cultural de la nación. Nuestro análisis intenta mostrar la estructura de los delitos culturales en nuestra legislación¹⁶⁵, partiendo por el análisis de los elementos objetivos y subjetivos y otros aspectos que contribuyen a tener una mejor visión del tratamiento de la norma penal con las conductas que atentan contra el patrimonio cultural.

¹⁶³Constitución Política de 1993, art. 21º: “Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. *Están protegidos por el Estado (...)*”.

¹⁶⁴ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 263. El diseño nacional ha preferido, a diferencia de otras legislaciones, utilizar la frase “Patrimonio Cultural de la Nación” a modo de un criterio de continuidad con el art. 21 de la Constitución política del Estado y lo regulado en la Ley 24047 (05 de enero de 1985) o Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural y sus posteriores modificaciones..

¹⁶⁵En comparación la legislación española lo incorpora en el título denominada: “Delitos Relativos a la Ordenación del Territorio, la Protección del Patrimonio Histórico y el Medio Ambiente”, ubicado en el Capítulo II: “Delitos sobre el Patrimonio Histórico”.

2.1. ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO

La norma penal comprende los tipos que describen acciones u omisiones que afectan negativamente y que van en desmedro de los bienes culturales ¹⁶⁶, los que analizaremos a continuación a través de los elementos (objetivos y subjetivos) del tipo:

2.1.1. El Objeto de Protección de la Norma penal

En los delitos culturales, el bien jurídico protegido es de naturaleza eminentemente colectiva, el surgimiento de estos bienes jurídicos supraindividuales ¹⁶⁷ comenzó con la expansión del Derecho penal.

Los *bienes jurídicos colectivos* se caracterizan porque la titularidad de los bienes *recae sobre un colectivo de individuos* que puede o no alcanzar a toda la sociedad, en el caso de los bienes del patrimonio cultural de la nación son titulares la *sociedad*; consecuentemente la *sociedad*, se constituye en el sujeto pasivo de los delitos culturales. Otro carácter particular de estos bienes es la *fragmentariedad* ¹⁶⁸, que implica que una lesión a los bienes culturales puede ser reprimida como delito cultural especial o como delito contra un bien común, por ejemplo: tratándose de los inmuebles posthispánicos de no comprobarse su declaración de patrimonio cultural para su defensa como delito cultural, aún puede tipificarse en la figura de *daños* contra la propiedad privada y; el tercer carácter la *complementariedad* respecto de determinados bienes individuales, por su ambigua cualidad de ser *individual y plural*, originariamente individual, pero potencialmente supraindividual ¹⁶⁹.

¹⁶⁶ PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general, Edit. Grijley, 3ra ed., Perú, 1999, p. 281.

¹⁶⁷ RENART GARCIA, Felipe, id., p. 170. Fue consecuencia de las nuevas necesidades sociales derivadas de la expansión de la tecnología concebida en el seno de la revolución industrial, técnica y científica, que demandó su satisfacción, a través de una eficaz protección jurídica para enfrentar los nuevos riesgos sociales de la modernidad.

¹⁶⁸ Un ejemplo de fragmentariedad en los bienes jurídicos colectivos, podemos citar en la salud pública, susceptible de fragmentación, pues aunque dejara de merecer protección penal en su actual configuración, los atentados contra la misma serían objeto de respuesta penal, aunque de forma indirecta o imperfecta, a través del delito de lesiones en relación a cada uno de los sujetos afectados. En: RENART GARCIA, Felipe, id., pp. 176 y s.

¹⁶⁹ RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 175 y s.

Según nuestra legislación, la condición de bien colectivo del patrimonio cultural permite una protección mayor de los bienes culturales, en vista que abarca a los bienes de propiedad colectiva como a los de propiedad particular; conforme establece la Constitución (1993) en su art. 21: es “independiente la condición de propiedad pública o privada a la categoría de los bienes del patrimonio cultural de la nación (...)”. Entonces, el Estado tutela los bienes jurídicos culturales y como tal, emprenderá acciones contra los responsables que lesionen los bienes culturales públicos o privados, aún en contra de la voluntad de sus propios poseedores o propietarios particulares.

El acierto del legislador peruano de 1991, reside en la dación de un capítulo autónomo al *patrimonio cultural*, distinto de los otros bienes jurídicos, de modo que, el bien jurídico, no son los objetos arqueológicos (bienes de patrimonio cultural), estos son solo, el substrato material sobre el que incide la conducta lesiva al bien jurídico. *El bien jurídico* esta dado por la significación que estos guardan para la búsqueda y reconstrucción del pasado; en suma, la ley penal protege las huellas y testimonios históricos que fluyen de los bienes del patrimonio cultural y cuya protección es fundamental para el crecimiento de la cultura peruana¹⁷⁰.

Los delitos culturales protegen el concepto de *patrimonio cultural*, sobre el que existe duda en cuanto a su contenido; algunos estudios¹⁷¹ manifiestan que en las sociedades donde inicialmente se ha criminalizado estas conductas, se ha confundido el bien jurídico a proteger con el objeto material en el cual recae la protección. Inclusive, se desarrollaron categorías de valorización de los bienes jurídicos patrimonio cultural, entre las principales está: la *estimación meramente dineraria* de acuerdo a la tasación estatal o privada, que demuestra que no se puede desligar una protección individual sobre el patrimonio cultural; una *segunda valoración en orden a su carácter histórico, patrimonial o arquitectónico*, y finalmente un *valor conforme al sistema que genera, integra, complementa o diferencia*.

¹⁷⁰ RENART GARCIA, Felipe, *ibíd.*, pp. 197 y s.

¹⁷¹ CARRASCO GUZMÁN, Antón, “*El Bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio arquitectónico*”, España. <http://www.porticolegal.com/pa-articulo>.

Sobre este grupo de valoraciones, podemos manifestar que, la primera *valoración económica*, no es aplicable de manera taxativa en nuestro ordenamiento jurídico, porque, los bienes culturales tendrían la misma condición de objetos materiales comunes; entonces la conducta ilícita estaría comprendida dentro de los delitos patrimoniales y no habría razón de crear un delito autónomo para las infracciones contra los bienes culturales. Tampoco nos parece adecuado el tercer planteamiento del *valor reconocido conforme al sistema imperante*, porque se remite solo a un momento de la historia, y a un solo grupo de bienes culturales, dejando de valorar los bienes que no se hallan comprendidos o integrados en este sistema. En cambio resulta más conveniente para los bienes culturales, la categoría que reconoce el *valor histórico, arquitectónico o patrimonial* de los bienes culturales; es decir el valor de representación que tiene para la sociedad en conjunto, posición que ha sido adoptada por nuestra legislación al ubicarla en un título autónomo de los delitos patrimoniales¹⁷².

Sin embargo, la protección penal del bien jurídico *patrimonio cultural* es mucho más amplia, conforme lo expresan algunos autores¹⁷³, “esta engloba la propiedad individual, la propiedad colectiva o el interés social e incluso el entorno natural o urbanístico donde se encuentran los yacimientos o zonas arqueológicas...”. En efecto, en una agresión contra el *patrimonio cultural* está de por medio la propiedad particular, por lo que implica una afectación económica individual para el titular o poseedor del bien cultural, la misma que deberá ser resarcida con una reparación civil por el agresor del ilícito, independientemente de la sanción penal. Asimismo, existe una afectación a la función social de dichos bienes, a la posibilidad de posesión y disfrute colectivo de parte de la comunidad, razón del merecimiento de una sanción penal o de ser el caso una administrativa. Pero a esto se añade la protección del entorno natural, este último no se encuentra comprendido en la norma penal, pero sí,

¹⁷²BLANCO LOZANO, Carlos, Tratado de Derecho penal español. Tomo II: el sistema de la parte especial, vol. 2, “Delitos contra bienes jurídicos colectivos”, España, J.M. Bosch Editor, 2008, p. 185. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecapucpsp/doc>. En la LPHE, el bien jurídico tutelado es la integridad física, de los singulares bienes que lo integran. Criterio que ayuda a explicar porque en Perú, se sanciona la lesión o menoscabo ocasionado al bien cultural.

¹⁷³GARCIA CALDERON, Jesús María, “La protección penal del patrimonio arqueológico”, en Revista: Patrimonio Cultural y Derecho N° 7, 2003, Edic. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, pp. 99-123.

lo refiere la norma especial¹⁷⁴, cuando detalla el concepto de bienes materiales inmuebles, también está comprendido en principios internacionales¹⁷⁵; he ahí, las propuestas de que el *patrimonio cultural* permanezca ligado al medio ambiente, por tratarse no solo de bienes colectivos, sino que en ocasiones se producen conductas ilícitas que atentan simultáneamente ambos bienes protegidos; pero ese es otro tema, lo que nos interesa es saber que la protección jurídica a los bienes culturales es extensiva a la propiedad privada y al entorno paisajístico de los bienes culturales.

Asimismo, la doctrina nacional¹⁷⁶ desarrolló algunas razones por las cuales se venía conservando —desde años remotos— los bienes del patrimonio cultural, entre estas causales están: el *valor religioso* que produce un enorme respeto, razón por la cual se manifestó dudas si la conservación era al objeto como tal o al misterio que representaba éste; una segunda explicación fue el *valor estético y artístico* reconocido y admirado en los bienes; está también las *causales afectivas y de valoración individual o grupal* hacia los bienes, por razones familiares, sociables, etc.; se habló también de las *razones científicas y de investigación* y; finalmente se anota las *razones históricas* que otorgan a los bienes culturales un valor significativo por su trascendencia en el tiempo. Posteriormente, la ley penal recoge estas ideas, y señala que *se tutela el valor cultural de los bienes prehispánicos y posthispánicos*, en merito a la extraordinaria importancia de orden: histórico, arqueológico, artístico, científico, cívico o turístico, etc., que tiene el patrimonio cultural nacional.

¹⁷⁴ Ley N° 28296 (21/07/04), Título I Bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, art. 1. Inmuebles: “Comprende de manera no limitativa, ...su entorno paisajístico...”.

¹⁷⁵ Ver más en Revista “Patrimonio Cultural y Derecho” N° 1, ed. Boletín Oficial del Estado, 1997, Madrid, España, pp. 9-12.

¹⁷⁶ TRAZEGNIE GRANDA, Fernando, *Conversatorio sobre El Patrimonio cultural*, Congreso de la República del Perú, Lima, 2000. La conservación permite la reutilización y permite al hombre renovar su vida, se debe conservar porque representan un poder para los bienes culturales. Entre las razones de la conservación están razones: 1) Religiosa, porque representan a divinidades y hay que respetar, están en lo profundo del ser humano, hay una confusión si se protege el objeto como tal o el misterio que este encierra. 2) Según el principio de conservación otra razón es la afectiva, porque hay una valoración individual o grupal tras el bien, hay un sentimiento hacia el objeto, ese es su valor, puede ser familiar, de la región, etc. 3) Otra razón es el placer la belleza del objeto, serán los coleccionistas quienes conserven bienes por su belleza. 4) Otra razón es el afán de conocer científicamente nuestra historia a través de estos objetos, porque pertenecen a diferentes culturas del pasado. De ahí que extraer de su lugar originario, resta su valor porque por más que sea el mismo objeto en otro lugar como en un museo, deja de ser el idéntico, pierde su naturalidad. Pues un museo es una colección de bienes para el pueblo. 5) Razón histórica, por el tiempo transcurrido y su significancia con hechos trascendentes.

Ahora bien, en cuanto a la duda sobre cuál es el contenido del bien jurídico protegido; existe una posición¹⁷⁷ concreta que manifiesta que “no es el objeto en si lo que merece protección, sino el *valor inmaterial de cultura* tránsito” en el bien; es decir, el *valor histórico, cultural, artístico, arqueológico, etc.*, que crea la entidad del bien cultural protegido; entonces surge la pregunta, cuándo se puede hablar de lesión a este bien jurídico eminentemente subjetivo. Al respecto, Gonzáles Gonzáles¹⁷⁸ expresa que “el bien jurídico queda centrado en lo funcional o promocional, se identifica con el valor inmaterial de la cultura respecto de la cual el objeto es un mero soporte instrumental”. Eso quiere decir, que el valor de los bienes culturales se refleja en la *función que cumplen éstos*; en tanto que, el bien como objeto es solo un soporte físico. Pero, no son los objetos físicos los que han de tutelarse por sí mismos, sino por lo que representan o incorporan al servicio de la cultura y, por ende, al progreso de los individuos; de este modo, la lesión del bien jurídico se materializa a partir del instante en que *el bien cultural se ve imposibilitado de ejercer esa función vehicular de acceso a la cultura* y, con ello, se afecta su esencial contribución al desarrollo de la personalidad de los hombres de la sociedad.

Es más, se desarrollaron posiciones extremistas¹⁷⁹, que sostenían que el daño a los bienes culturales no tiene porque ser estrictamente físico o material¹⁸⁰ o suponer una merma de su sustancia; pudiendo irrogarse un daño social en el que simplemente se impida que el bien cultural pueda ser visionado o disfrutado por la colectividad, desde cuya posición el hecho constituiría una merma en su función, —es el caso de construcciones modernas de inmuebles aledaños a inmuebles culturales—, con cuya edificación obstruyen la apreciación física, artística y arquitectónica del inmueble

¹⁷⁷RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., p. 234.

¹⁷⁸RENART GARCIA, Felipe, ibíd., p. 234.

¹⁷⁹RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 235 y s.

¹⁸⁰En la sentencia del 22 de enero de 1998 de la Audiencia Provincial de la Coruña (ARP 1998/804) en resolución errónea por parte del Tribunal al entender que el bien jurídico protegido en estos delitos es exclusivamente el valor material de los bienes que integran el patrimonio histórico español. El acusado Jesús B.V., se apoderó de un martillo y acto seguido se dirigió hacia un cruceiro, levantado en honor de los caídos de España, al que comenzó a golpear en su placa dedicatoria, causando daños valorados en 160.000 pesetas. El Tribunal calificó los hechos como constructivos de un delito contra el patrimonio histórico del art. 323 del CPE de 1995. En opinión de Renart García y de la escasa doctrina, el bien jurídico protegido es el valor que los bienes de contenido histórico, cultural y artístico presentan y la función socio-cultural que los mismos desempeñan. Los daños causados en la citada “placa dedicatoria” no afectan a la función cultural del citado cruceiro sino a la función informativa para la que fue creada. Por ello, entendemos que los daños causados en el soporte material, por muy elevado que sea su valor económico, deben calificarse como un delito de daños del art. 263, siendo únicamente susceptibles de constituir un delito contra el patrimonio histórico a partir del instante en que afecten al valor y función socio-cultural del bien. En: RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., p. 235.

cultural. Sin embargo, para evitar llegar a esta postura extrema, —nuestro ordenamiento jurídico—, se suministraron normas administrativas (Ordenanzas Municipales), que prohíben construcciones modernas en sitios arqueológicos o de trascendencia histórica expresamente declaradas, evitando el daño social.

En el entendido de que la lesión al bien jurídico cultural, puede consistir en un daño material o un daño funcional sobre el bien, en la práctica se producen las siguientes situaciones; que es perfectamente imaginable la existencia de un daño funcional sobre un bien cultural, producido paradójicamente durante un proceso de acondicionamiento material del objeto dirigido a mejorarlo, es decir, mediante una inadecuada labor de restauración o rehabilitación del sustrato material del bien cultural, lo que puede afectarse a su función cultural e integral¹⁸¹; cabe que, un daño a la materia del bien no afecte al componente cultural; y cabe que, una alteración de esa misma materia, dirigida a preservar o mejorarla, incida negativamente en su función socio-cultural; es más, nada impide que una alteración mínima del sustrato material afecte notablemente al elemento cultural¹⁸².

Por lo que, resulta difícil separar el aspecto material y funcional de los bienes culturales, como refiere Trazegnier¹⁸³, los bienes culturales son complejos presentan dos componentes: uno *corporal* que es el sustrato físico cuya lesión posiblemente pueda enmarcarse dentro de los delitos patrimoniales y; el aspecto *no corporal* constituido por agregaciones de perspectivas, intereses, creaciones, expresiones que son las que otorgan el valor cultural a los bienes, y conducen a la protección penal mediante un título autónomo; por ejemplo, en una pintura o lienzo, lo material o corporal será el marco y la pintura trasuntada en tela o papel, y lo inmaterial está en la creación y la representación que le da el autor al lienzo o pintura; por tanto, los bienes culturales son testimonio, memoria de los pueblos de otras épocas y deben difundirse a las futuras generaciones, ahí radica su valor cultural e histórico.

¹⁸¹De acuerdo a nuestra legislación se constituiría un delito imprudente contra el patrimonio cultural.

¹⁸²El art. 323 del CPE responde a la pretensión de proteger el patrimonio arqueológico íntegro cara a futuros estudios que permitan un conocimiento más profundo del pasado.

¹⁸³TRAZEGNIE GRANDA, Fernando, *Conversatorio sobre El Patrimonio cultural*, Congreso de la República del Perú, Lima, 2000.

Si bien es cierto que puede darse una afectación funcional en los bienes culturales sin comprometer el aspecto material; algunos autores opinan¹⁸⁴ que debe producirse una afectación siquiera mínima en la sustancia del bien, rechazándose así, un concepto estrictamente funcional del daño. De esta manera, en nuestro ordenamiento penal, para considerar una lesión al bien jurídico, se requiere una afectación física al bien, por tratarse de delitos de resultado, y conforme a las conductas descritas como ilícitas. En el caso, de que la lesión cause efectos mínimos la sanción será proporcional al daño ocasionado, siendo inclusive posible que la sanción tenga que ser únicamente administrativa según el daño ocasionado.

En conclusión sobre este tema, podemos decir que: en los delitos culturales se protege *bienes jurídicos colectivos, constituido por el patrimonio cultural de la nación*, cuyo contenido es de valor cultural e histórico, entre otros fijados por la ley especial (Ley N° 28296) intrínseco en cada bien cultural; pero, para hacer pasible de sanción penal se requiere, que se produzca un daño físico mínimo al bien material cultural, el mismo que afecte, menoscabe el valor inmaterial del bien cultural; pero, una afectación de la función social del bien cultural también puede ser merecedora de la represión penal.

2.1.2. Los Sujetos del Delito

Inicialmente debemos manifestar que los sujetos intervinientes en los ilícitos contra el patrimonio cultural, al igual que en cualquier otro ilícito son dos: los sujetos activos y los sujetos pasivos.

2.1.2.1. Sujetos activos del delito

Los sujetos activos son los que realizan la acción u omisión descrita por el tipo penal¹⁸⁵, al tratarse de un delito común de acuerdo a la doctrina nacional¹⁸⁶ y extranjera¹⁸⁷, el sujeto activo es una persona física indeterminada que en forma individual o grupal lesiona bienes del patrimonio cultural. Por lo mismo puede ser un particular, un funcionario o un servidor público cuya condición especial, de este

¹⁸⁴RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 236 y s.

¹⁸⁵BRAMONT-ARIAS, Torres Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra edición, Ed. EDILI, Lima, Perú, 2005, p.178.

¹⁸⁶ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 128. Posición que se apoya en la expresión “*el que*” descrita en la norma penal, que manifiesta que nos hallamos ante un sujeto genérico e indistinto.

¹⁸⁷GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit.,pp. 504 s.

último, es considerada para efectos de la determinación de la pena (agravante); pero no es sujeto activo una persona jurídica o un colectivo institucional.

Asimismo, según la *Teoría del dominio del hecho*¹⁸⁸ el sujeto activo puede ejecutar directamente el delito por actos ejecutivos propios o haciendo uso de maniobras tecnológicas, empleando animales o instrumentos físicos. En todos estos casos responderá a título de *autor*. También puede ejecutar conjuntamente con otras personas naturales en una división funcional de los actos ejecutivos y control compartido de los hechos típicos, situación en la cual responderán todos los intervinientes a título de *coautores*. Pero igualmente puede utilizar a menores de edad, a inimputables absolutos o a personas que actúan bajo error invencible de tipo, para ejecutar el delito, contexto en el cual será imputado a título de *autor mediato* por haber instrumentalizado a seres humanos (que actúan como instrumentos) para conseguir su propósito delictivo. Los instrumentos en tales casos no son pasibles de sanción penal¹⁸⁹.

Siendo diversas las formas de participación de los sujetos activos en los ilícitos culturales, hay que precisar que a los sujetos activos los podemos clasificar en: *sujetos comunes* y *sujetos cualificados*.

a) Sujetos comunes

Denominación que otorgamos al primer grupo de sujetos activos que puede ser *cualquier humano* sin cualificación especial alguna, individuos comunes y corrientes; pues, el tipo penal no exige la presencia de condiciones específicas para la realización del injusto.

Pero a estos sujetos particulares podemos aún sub-clasificarlos según la relación de titularidad que tengan con los bienes culturales en: *sujetos comunes propiamente*, *propietarios particulares de bienes culturales* y *sujetos que actúan en nombre de personas jurídicas*.

¹⁸⁸VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal. Parte general, ed. San Marcos, Perú, Lima, pp. 289-311.

¹⁸⁹ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 161.

i. Sujetos Comunes propiamente. Son individuos que no tienen ningún tipo de relación de propiedad o de administración de los bienes del patrimonio cultural; pero, lesionan nuestro patrimonio cultural.

Estos sujetos pueden ser *autores directos* al ejecutar el hecho delictivo de forma personal o *coautores* cuando el ilícito lo realizan entre dos o más personas de mutuo acuerdo. Entre las actividades ilícitas más frecuentes efectuadas por los sujetos comunes, está el pintado de inmuebles culturales con grafitis, como ocurrió¹⁹⁰ con el atentado a un muro inca parte integrante del Palacio Cusicancha correspondiente al periodo incaico, ubicado en el Centro Histórico de la ciudad del Cusco, en el que se trazó una línea de 54 metros lineales con aerosol de color naranja en el que posiblemente intervino un agente o más de una persona (autor o coautores), dicho acto constituye y se configura como el delito de daño agravado (art. 206 C.P.), por ejecutarse sobre bienes de valor histórico o cultural (27/04/2012).

Serán *cómplices primarios o cómplices secundarios*, según la colaboración que presten al autor del ilícito por ejemplo: en la depredación de bienes inmuebles culturales será cómplice primario el que facilite las herramientas para la excavación del inmueble, porque sin las herramientas no se ejecutara la excavación ilícita y no habrá ilícito. En tanto, que según la jurisprudencia¹⁹¹, actúa como cómplice secundario, el inculpado que cumpla el rol de ‘campana’; es el caso del que se ubica fuera del inmueble para avisar a sus co-procesados sobre la presencia de alguna persona en las cercanías, participación que no constituía un elemento que decidiera la comisión o no del delito. Pues, en una excavación ilícita de bienes culturales se cuenta con la participación de un vigilante que alerte sobre la presencia de guardianes oficiales del patrimonio cultural. A estos sujetos se les debe aplicar el tipo penal base de la norma penal infringida, puesto que no se les exige una condición especial sobre su persona.

¹⁹⁰<http://elcomercio.pe/peru/1407330/noticia-nuevo-atentado-cultural-cusco-muro-inca-fue-danado-aerosol>

¹⁹¹ ROJAS VARGAS, Fidel, El Delito de Robo, Editora Grijley, Perú, Lima, 2007, p. 21. (Ejecutoria Superior, Expediente N° 98-0110, Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 26 ene. 1999, en: Academia de la Magistratura, Serie de jurisprudencia, N° 3, Lima, 2000, p. 525).

ii. Propietarios particulares de bienes culturales. Esta constituye una categoría especial de sujeto activo que destacamos por la importancia e implicancias de la figura; pues, como se menciona en el capítulo primero la norma reconoce el derecho de propiedad de particulares sobre bienes del patrimonio cultural y le otorga facultades sobre el bien; pero esta condición exclusiva, también cuenta con restricciones que de ser vulneradas se configuran en ilícitos.

De manera que las *personas particulares propietarias* de los bienes culturales pueden ser autoras de ilícitos en contra de los bienes que se encuentran bajo su tutela, situación que resulta controvertida en relación a otros tipos delictivos, en los cuales resulta casi imposible que el propietario sea víctima y agresor simultáneamente. Además porque, según las normas del ámbito civil el titular de un bien tiene facultades sobre el bien que permiten desde su adulteración hasta su destrucción, las mismas que no son permitidas tratándose de bienes del patrimonio cultural.

La disyuntiva de que el propietario del bien cultural pueda constituirse en sujeto activo del delito; se da, por la categorización de los delitos culturales como bienes jurídicos colectivos¹⁹², y porque nada se opone a incluir al titular del bien cultural en el círculo de responsabilidad. Pues, cuando se señala que la protección del patrimonio cultural se extiende a cualquiera que entre en relación material con el objeto, expresado en el término “el que”, sea persona física o jurídica, pública o privada, comprende también al propietario o poseedor del bien cultural. Además, la tutela penal que busca garantizar la conservación del patrimonio cultural tiene su centro de interés no colocada en el régimen pertenencial, ni en su calificación como bienes demaniales o no demaniales, sino en su condición de bienes que incorporan “valores espirituales”, “valor cultural” de exclusivo interés para la colectividad y por lo que sus detentadores deben posibilitar; en consecuencia, la tutela del valor cultural y de la propia función socio-cultural que el bien está llamado a desempeñar, la que debe llevarse a cabo con independencia de su titularidad.

El régimen pertenencial o *derecho de propiedad* sobre un bien común lo regula la Norma Civil, en el art. 923 del C.C., en la que expresa que es: *un poder jurídico*

¹⁹²RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 268 y s.

otorgado al propietario del bien y, que le permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien. En la facultad de disposición, está comprendida la potestad de destruir y alterar el bien, según los intereses del propietario; el único límite que establece la norma, es que debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

En efecto la propiedad es definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa, poder total dentro de los límites establecidos por la ley; poder de utilizar el bien (*ius utendi*), el usufructuarlo (*ius fruendi*), el abusar (*ius abutendi*), el poseer (*ius possidendi*), el disponer (*ius disponendi*), ya sea modificándola, transmitiéndola, donándola, etc.; así, como reivindicar el bien o cosa (*ius vindicandi*) de quien la detenta o posee ilegítimamente¹⁹³; situación que es posible de realizar únicamente sobre los bienes comunes; pero de forma limitada para los bienes culturales; pues, no debemos olvidar la naturaleza de los bienes del patrimonio cultural de la nación de ser bienes colectivos, por lo que su pertenencia funcional corresponde a la sociedad en conjunto, lo que impide su alteración al libre albedrío y peor aún su destrucción (facultad de disposición), de ahí también la importancia de unificar los ilícitos penales en un título único de manera que se califique la lesión o menoscabo de un único bien jurídico.

La destrucción u alteración de un inmueble del patrimonio cultural podría no afectar los intereses sociales; sin embargo, cuando se refiere a los *límites de la ley*, debemos remitirnos para empezar, a la *norma administrativa* (Ley N° 28296 Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación), según la cual los bienes culturales para su modificación requieren de autorización y; asimismo, hay que recurrir a la *norma penal* que sanciona la alteración y/o destrucción de los bienes culturales. De manera, que la facultad de disposición sobre los bienes del patrimonio cultural no es igual a la disposición de un bien común, existe mayores limitaciones en la disposición de los inmuebles del patrimonio cultural, conforme se vio en el Capítulo I; puesto que, inclusive las transacciones comerciales que deben seguir el trámite de bienes comunes, si no cumplen los requisitos fijados por la norma administrativa del

¹⁹³ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, pp. 45-46.

patrimonio cultural, podrían devenir en nulas; pues, existe el deber primordial de conservación y preservación de los inmuebles, en su originalidad.

Hay que precisar que el deber de conservación que pesa sobre todos los propietarios se hace especialmente intenso; pues, el sentido de la ley, es que no solo hay que “hacer” para conservar, sino que existe una imposibilidad del deber, que “significa la negación de un presunto derecho a arruinar e inutilizar la riqueza de un país”; es decir, queda *proscrito el no hacer, la omisión o el hacer negativo* sobre los bienes culturales, el procurar la inutilización del bien cultural, el impedir que aparezcan las condiciones que hacen que el objeto cultural merezca sus valores que reúne. Con lo cual, los derechos de propiedad de los particulares sobre el bien cultural son restringidos porque prima sobre ellos el derecho colectivo.

En la doctrina extranjera se mantiene la disyuntiva, algunos autores¹⁹⁴ consideran que una infracción por parte del propietario debe entenderse como un daño de cosa propia. Nosotros consideramos que de aceptarse esta postura se tutelaría únicamente la *validez patrimonial* del bien cultural, es decir, su valor económico que no es el objeto de protección de la norma respecto a los delitos contra el patrimonio cultural. A su vez otros autores¹⁹⁵, sostienen que nada impide que el propietario del edificio pueda ser sujeto activo, por cuanto, no se exige la ajenidad del bien cultural derribado, alterado o dañado; en efecto nuestra legislación penal ampara el “valor cultural” de los bienes culturales, indistintamente de quien sea su poseedor o propietario, es el límite de la ley a los propietarios del bien cultural y es la postura más acertada.

En la línea de protección de los bienes culturales, aún se discute en la doctrina extranjera¹⁹⁶, si la lesión ocasionada debe comportar un “*perjuicio patrimonial*” para el sujeto pasivo; exigencia que no es necesaria, puesto que en la práctica resulta frecuente la realización de dichas conductas ilícitas en contra de los bienes culturales por el mismo propietario, como una alternativa al no poder asumir los costos de

¹⁹⁴GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 510. La postura defendida por Salinero Alonso, Muñoz Conde o Carmona Salgado, es que si el propietario comete delito del art. 321 CPE, debe remitirse al art. 289 CPE, (daños a cosa propia).

¹⁹⁵GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 510. Entre los autores que apoyan la posición que admite que el propietario del bien cultural sea considerado sujeto activo son Tamarit Sumilla, Suarez Gonzales, Milans del Bosh, Serrano Gómez y Guisasola.

¹⁹⁶GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit.,p. 511.

conservación del bien o con el objeto de obtener un mayor aprovechamiento lucrativo del terreno, en caso de inmuebles. A lo que hay que sumar, que los bienes del patrimonio cultural tienen un valor de carácter colectivo, que implica que la libertad de actuación no sea plena para los propietarios, toda vez que el deber de conservación que pesa sobre los propietarios de bienes culturales se hace especialmente intenso en los bienes integrantes del patrimonio cultural, además de oneroso.

Por otra parte, la admisibilidad del propietario como sujeto activo es otra de las razones¹⁹⁷ que conducen a considerar positiva la exigencia de que el “edificio derruido o alterado” se halle protegido administrativamente; pues, de no estar reconocido públicamente el valor artístico, histórico o monumental del edificio, el propietario podría evitar su incriminación por un delito contra el patrimonio cultural, y que su accionar forme parte de su potestad jurídica.

Esta clase de bienes inmuebles tienen una doble función¹⁹⁸ o una función mixta. La primera, una *función cultural* derivada de los valores ínsitos en ellos y de otro lado la función que le haya querido asignar su propietario (en resumen un valor de uso y un valor estético). Mientras que el primero pertenece a la sociedad, el segundo pertenece al propietario; por lo que, el propietario no tiene derecho a destruirlo, en vista de que prima el valor cultural sobre los derechos del propietario.

Entonces si el propietario de bienes del patrimonio cultural es pasible de ser sujeto activo, debemos precisar que éste actuará en condición de autor por que cuenta con cierta condición de garante del bien cultural, debiendo inclusive calificarse su accionar de doloso, siendo posible que esta sea también culposo. En todo caso, consideramos que por la condición de propietario respecto al bien cultural, de ser dolosa su conducta la responsabilidad debe ser mayor a la establecida a un sujeto común, y considerarse su conducta como una agravante.

¹⁹⁷GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit.,pp. 512 s.

¹⁹⁸GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit.,pp. 472 s.

Citamos como ejemplos la advertencia del Centro Guamán Poma de Ayala¹⁹⁹ sobre la destrucción de un barrio histórico “San Blas”, ubicado a 200 metros de la Plaza de Armas de la ciudad del Cusco, estudio que a la letra dice: “La destrucción, transformación y pérdida irreversible del barrio histórico del Cusco, es cada vez más dramática, por la apatía del Municipio del Cusco y del Instituto Nacional de Cultura (hoy Ministerio de Cultura), que poco hacen por impedir el avance de la destrucción del barrio, la contaminación ambiental, los ruidos, carteles y locales de diversión para turistas, estas últimas modificaciones efectuadas por sus propietarios.

También podemos citar como ejemplo la afectación de inmuebles urbanos en el Distrito del Rimac de la ciudad de Lima²⁰⁰, de parte de los propietarios e inquilinos del inmueble según se refiere en la investigación siguiente: El mantenimiento que le dan los inquilinos no es en efecto el adecuado; al momento de limpiar el piso de los corredores usan agua y detergente, elementos enemigos de la madera porque la carcomen. Por otro lado, el paso del tiempo y el uso constante debido a su tránsito cotidiano, ha producido hundimientos y desniveles, los inquilinos han procedido a tapear con cemento dichas imperfecciones, haciendo que los corredores soporten mayor carga de la que las columnas estaban preparadas para resistir. Alterándose la estructura física original del inmueble cultural.

iii. Sujetos que actúan en nombre de Personas Jurídicas. Los agentes son personas comunes que por encargo de la representación de una *persona jurídica*, efectúan u omiten labores y actividades que comprometen o terminan afectando lesivamente bienes del patrimonio cultural; bienes que pueden estar o no bajo administración de la persona jurídica. En caso de que la afectación constituya un ilícito cultural será asumido por el *administrador o representante* de la persona jurídica; en razón de que los entes dotados de personería jurídica no pueden incurrir en responsabilidad criminal²⁰¹ en virtud del principio *Societas delinquere non potest*.

¹⁹⁹http://www.guamanpoma.org/parlante/parlante85/web/frame_centro_historico.htm (Parlante Revista del Cusco).

²⁰⁰MORÁN LEÓN, Wendy Ruth, Más allá del valor patrimonial: el tugurio y su importancia narrada y practicada por sus pobladores. El caso de La Casa de las Columnas. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1410> 2012-06-08.

²⁰¹GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 507s. Por el Principio *Societas delinquere non potest*, las personas jurídicas no responden penalmente por carecer de capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y la capacidad de pena.

Entonces, en el caso de entes jurídicos, responderá directamente —la persona física— quien ostente un cargo directivo en la entidad jurídica que atenta contra un bien jurídico; sea el caso, que el directivo ordenó directamente el derribo y/o alteración del bien cultural protegido, o se haya efectuado por tercero en trabajos encargados por la entidad. Son casos frecuentes en nuestra realidad²⁰² que se ordene una construcción, derribo de construcción o instalación de servicios de agua y desagüe, sin prever o ignorándose la presencia de patrimonio cultural en el inmueble; situación que deberá evaluarse si corresponde a una acción de dolo directo o dolo eventual. Las personas jurídicas que más inciden en este tipo de delito son las del rubro privado de hotelería, restaurantes y turismo en general, con trabajos de mejoramiento y ampliación de su local, cuando el establecimiento se encuentra en un inmueble cultural y lo hacen sin autorización del INC (hoy Ministerio de Cultura); como también, las entidades públicas encargadas de trabajos de instalación de agua y desagüe, entre otros.

De acuerdo a algunos autores, la responsabilidad de las personas jurídicas se sitúa en un nivel jerárquicamente superior al que ocupan los ejecutores materiales que lesionan el patrimonio cultural por cuenta propia, es decir, sin conocimiento y autorización de la empresa. Situación en la que debe acudir a la estructura de la *comisión por omisión*²⁰³, que permite atribuir responsabilidad criminal a aquellos Órganos directivos, cuando no evitaron que el hecho delictivo se realice por los subordinados, siempre que pudiera comprobarse que dichos Órganos se hallaban en el ejercicio de una “competencia específica”, que les obligaba a controlar y evitar las posibles situaciones de peligro y, por ende, la realización de delitos por sus subordinados contra el patrimonio cultural.

Podrá admitirse la modalidad omisiva en aquellos supuestos²⁰⁴ en que el sujeto haya creado el riesgo de pérdida de los valores culturales, artísticos, históricos, etc., que integran el bien cultural protegido, al verificarse finalmente la destrucción o alteración grave de éste. Un caso real constituye la responsabilidad penal que se le

²⁰² Son los casos de construcción, ampliación, derribo de inmuebles con fines turísticos, principalmente para hoteles, hospedajes y de restaurantes.

²⁰³ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit.,p. 508.

²⁰⁴ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit.,p. 467.

imputa a ex-funcionarios del Gobierno Municipal Provincial, Dirección Regional de Cultura y propietarios y representantes del Centro Comercial por autorizar y no supervisar los trabajos de la construcción de un centro comercial que dañó un muro inca de la calle Loreto en la ciudad del Cusco, donde se ubicó en época inca, la “Casa de las Escogidas” (04/09/2012)²⁰⁵.

b) Sujetos Cualificados. Son individuos que con respecto a los bienes del patrimonio cultural tienen un deber de custodia; el que lo adquieren por su condición de *funcionarios o servidores públicos*, la cual no es determinante en la comisión de delitos contra el patrimonio cultural pero, si es motivo de agravante en la determinación de la pena. La norma refiere a algunos de estos sujetos: *autoridades políticas, administrativas, aduaneras, municipales, fuerzas armadas o policía nacional*.

Todos ellos están encargados del cuidado y protección de los bienes culturales, labor que deben desempeñarla como parte de sus funciones según el cargo que ejerzan; como ocurre por ejemplo: con la *autoridad de aduanas* que al detectar la presencia de bienes presuntamente culturales como parte del equipaje o embarques, debe reportar a la entidad encargada de su administración y protección acerca del peligro de extracción o tráfico comercial del bien cultural, de manera que se solicite a la persona los permisos para su extracción fuera del país o un documento que descarte la condición del bien cultural. Está también, el caso de *autoridades municipales* que efectúan obras públicas o autorizan la ejecución de obras a privados sin antes, verificar o descartar la presencia de evidencias culturales, cuando existe sospecha de presencia cultural.

Tratándose de una conducta desplegada por un *funcionario o servidor público*, se sanciona según sea el caso por su acción u omisión:

Para el primer caso de *conductas de acción*, es autor quien efectúa dolosamente las conductas de *destrucción, alteración, extracción o comercialización y el no retorno al país de los bienes del patrimonio cultural prehispánico* en condición de *funcionario o servidor público con deberes de custodia de los bienes culturales*; conducta

²⁰⁵<http://peru21.pe/actualidad/enjuician-14-personas-danar-muros-incas-cusco-2040617>.

que constituye una agravante²⁰⁶ del tipo base (segundo párrafo del art. 228 C.P.), por lo cual, se incrementa la pena impuesta en atención a la cualificación de agente.

En el segundo caso de *conductas de omisión* se reprime: la “omisión de deberes de sus cargos”, a la *autoridad política, administrativa, aduanera, municipal, fuerza armada o policía nacional*²⁰⁷, que incumple sus deberes de custodia y/o protección; conducta que consiste en la *intervención o facilitación en la comisión de cualquiera de los delitos* en contra del patrimonio cultural (art. 229 C.P.). En este tipo la conducta del sujeto, consiste en dejar de cumplir sus deberes de función (custodia y protección) con la finalidad de contribuir en la comisión de un ilícito cultural, como sería el caso de una autoridad policial encargada de la custodia de bienes culturales en un Museo o exposición abierta al público, en la cual abandona su puesto o retira el candado de seguridad del inmueble donde se encuentra el bien cultural de manera que sea factible su sustracción.

Finalmente sobre este punto consideramos que el término más adecuado que debió utilizarse es el de “funcionario o servidor público”²⁰⁸, y no restringir la descripción del tipo mencionando sólo algunos sujetos. En cuanto a la conducta, el ilícito consiste en “hacer” y “no hacer” lo que está obligado a cumplir, conductas que de ser dolosas; pero además, sumando la condición del sujeto activo (funcionario o servidor público), entendemos que dicha figura facilita la comisión del delito, por lo que consideramos desproporcionado imponer una pena similar a la de un sujeto común y corriente (art. 226 con respecto al art. 229 C.P.) y, en algunos casos beneficiar con

²⁰⁶Código Penal Peruano de 1991 art. 228: “El que destruye, altera, extrae del país o comercializa bienes del patrimonio cultural prehispánico o no los retorna de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. En el caso que el agente sea un funcionario o servidor público con deberes de custodia de los bienes, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años”.

²⁰⁷Código Penal Peruano de 1991, art. 229°. “Las autoridades políticas, administrativas, aduaneras municipales y miembros de las fuerzas armadas o de la policía nacional que, **omitiendo los deberes de sus cargos**, intervengan o faciliten la comisión de los delitos mencionados en este capítulo, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con treinta a noventa días-multa e inhabilitación no menor de un año, conforme al artículo 36, inciso 1, 2 y 3. Si el agente obre por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de dos años”.

²⁰⁸RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico de bienes culturales, ob.cit., pp. 107 y s. Un caso particular es de los diplomáticos, quienes son los únicos que pueden sacar obras patrimoniales, dejando una declaración jurada que acredita que son de su propiedad y donde se comprometen que al terminar su misión fuera del país van a retornar con dichos bienes. Pero difícilmente se comprueba si realmente las obras regresaron o no al país, los diplomáticos no dan aviso del retorno, y no hay autoridad que se los exija. Este hecho sucede en toda Latinoamérica, con excepción de Brasil, en donde los diplomáticos valiéndose de su derecho a transportar equipaje sin ser revisados, sacan bienes patrimoniales de los países en donde se encontraban y lamentablemente nadie puede evitar esto.

penas menores a los funcionarios (art. 227, 228 con respecto al art. 229 C.P.); nuestra propuesta es que cuando el sujeto activo tenga esta condición particular de funcionario o servidor público con deberes de custodia y protección de bienes del patrimonio cultural de la nación, y la conducta sea dolosa, la responsabilidad debe ser agravada y consiguientemente imponerles una pena mayor a la de un sujeto común y corriente, la única diferencia actualmente es la imposición de pena de inhabilitación; pues con la contribución de los funcionarios y administradores se facilita la pérdida del patrimonio cultural e incrementa el tráfico comercial. No olvidemos que es principio fundamental de la administración velar por los intereses del Estado.

2.1.2.2. Sujeto pasivo del delito

La doctrina señala; la titularidad del sujeto pasivo recae en el propietario del bien, quien puede ser persona natural o jurídica, un colectivo social o institucional²⁰⁹. En los delitos culturales son considerados sujetos pasivos, indistintamente la sociedad y el Estado; sobre el particular nos parece atinada la opinión de Talancha Crespo²¹⁰ cuando refiere que, el sujeto pasivo es la nación cuyo representante legal es el Estado. Situación que se confirma cuando en los procesos penales sobre ilícitos contra el patrimonio cultural, el Estado en representación de la sociedad agraviada, actúa a través de un Procurador Público²¹¹ —anteriormente designado por el Ministerio de Educación y hoy a cargo del Ministerio de Cultura—.

Posición que se respalda con la teoría que manifiesta, que la naturaleza del bien jurídico protegido en los delitos culturales es eminentemente colectiva; porque, su titularidad recae sobre la totalidad de la sociedad organizada, es decir la nación peruana²¹². La condición de bien jurídico colectivo significa que al margen de quien sea su propietario o tenedor del bien, su uso y disfrute están a disposición de la sociedad peruana en su conjunto, sin desconocerse los derechos sobre la propiedad material adquiridos por particulares, derecho que está reconocido por la norma constitucional.

²⁰⁹ ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 128.

²¹⁰ TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit. , p. 94.

²¹¹ BRAMONT-ARIAS, Torres Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra ed., Lima, Perú, 2005, p.178.

²¹² Situación que nace de la misma Norma Constitucional cuando en su art. 21 refiere a los bienes culturales que: “son patrimonio cultural de la nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública” (...).

Ahora bien, los bienes del patrimonio cultural materialmente pueden ser de propiedad pública o privada, pero su valor cultural corresponde a la colectividad que tiene derecho al goce del bien. Pero, quien se encarga de su protección y defensa es el Estado, quien administra los bienes culturales públicos mediante: el Ministerio de Cultura (antes Instituto Nacional de Cultura - INC), el Archivo General de la Nación (AGN) y la Biblioteca Nacional (BN). Instituciones que en caso de producirse menos cabo sobre los bienes bajo su administración, deberán denunciarlo y responder las personas encargadas de su dirección. Sin embargo, la responsabilidad de protección de los bienes del patrimonio cultural se extiende a otras instituciones públicas como los Municipios, Gobiernos Regionales y la comunidad en general.

Finalmente, hay que manifestar que el concepto de sujeto pasivo²¹³ para la doctrina, se distingue entre: sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito; el *sujeto pasivo de la acción*, es la persona que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo, es el tenedor del bien cultural; y, *el sujeto pasivo del delito* es el titular, propietario o portador del interés cuya esencia constituye la del delito. Entendido así, el *sujeto pasivo de la acción* es el Ministerio de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, así como los particulares que son propietarios o tienen en su custodia bienes del patrimonio cultural de la nación; mientras que serán *sujetos pasivos del delito* la sociedad o colectividad en su conjunto.

2.1.3. El Objeto de la Acción

El objeto de la acción —que debe ser diferenciado cuidadosamente del bien jurídico protegido²¹⁴—, viene a ser el objeto material sobre el que recae la acción delictiva y se produce un daño o puesta en peligro. El objeto de la acción²¹⁵ pertenece al mundo exterior, puede estar constituido por personas, cosas e incluso objetos incorpóreos.

²¹³BRAMONT-ARIAS, Torres Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra edición, Lima, Perú, 2005, p.179.

²¹⁴BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, ed. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 64.

²¹⁵HEINRICH JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho penal. Parte general, Vol. Primero, Ed. Bosch Editorial S.A., Barcelona, España, 1981, p.375.

En el caso de los ilícitos culturales descritos en la norma penal se menciona como objeto de la acción: los *monumentos arqueológicos prehispánicos* (art. 226 C.P.), *bienes del patrimonio cultural prehispánico* (art. 228 C.P.), y *bienes culturales previamente declarados como tales, distinto a los de la época prehispánica —post hispánica—* (art. 230 C.P.). Para efectos de nuestro estudio, reconoceremos como objeto de la acción a ‘los bienes del patrimonio cultural de la nación’; porque, en principio diremos que los monumentos arqueológicos están comprendidos dentro de los bienes del patrimonio cultural prehispánico y estos, conjuntamente con los bienes culturales que pertenecen a época post hispánica forman parte de ‘los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación’ como desarrollaremos más adelante.

Una vez precisado que el objeto de la acción son, ‘los bienes del patrimonio cultural de la nación’, hay que señalar que este concepto constituye un elemento normativo del tipo como lo manifiesta Peña Cabrera —son ejemplos de elementos normativos los documento, bienes del patrimonio cultural prehispánico, drogas tóxicas, etc.—; entendiendo los elementos normativos como aquellos datos o elementos del tipo que tienen un carácter valorativo²¹⁶; pues, no basta con una percepción sensorial para constatar su existencia, sino que resulta necesario un juicio de valor para determinarlos. El sentido de estos elementos dependerá de la valoración que de ellos haga el juez en cada caso, valoración que requerirá tener en cuenta circunstancias, personas afectadas, lugares, etc.²¹⁷.

Así por ejemplo, la sola percepción sensorial de un bien no permite saber si éste es ajeno tal como lo exige el “delito de hurto”; de igual forma la categoría “bien” del patrimonio cultural no es una descripción asequible a la percepción del juez. Mientras la ‘ajenidad del bien mueble’ constituye un elemento del tipo que requiere de una valoración conforme a los criterios jurídicos establecidos en la Legislación Civil; que contribuye a determinar la titularidad del bien, si éste pertenece a alguien o no. Los ‘bienes del patrimonio cultural’ constituyen un elemento normativo²¹⁸ en las

²¹⁶<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/elementosdescriptivosynormativosdelostipos.html>.

²¹⁷PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general, 3ra ed., Edit. Grijley, Perú, 1999, pp. 284s.

²¹⁸ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, pp. 266s.

figuras del tipo penal (art. 226 al 230 del C.P.); sobre el cual, el juez de manera expresa o tácita, debe efectuar una valoración²¹⁹ recurriendo a la remisión de normas y padrones valorativos ajenos al tipo penal, como el caso de la Ley N° 28296 Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación y su reglamento.

De la ley extrapenal se coligen los siguientes requisitos, características y límites establecidos a los bienes que integran el indicado patrimonio, su ámbito de comprensividad abarca las épocas prehispánicas, virreinal y republicana; su formalidad requiere declaración expresa (generalmente Resolución Directoral), individualización hecha por el órgano competente del Estado e inscripción en el inventario de bienes muebles del patrimonio cultural de la nación (a cargo del INC hoy Ministerio de Cultura); si bien no son objeto de libre tráfico en el mercado, pueden ser, con excepciones, objeto de transferencia de propiedad dentro del país, pudiendo ser donados a Estados amigos; puede hallarse bajo el régimen de propiedad privada o estatal, pero sometidos al ejercicio de los derechos tuitivos a cargo del Estado; entre otros aspectos propios de los bienes del patrimonio cultural que los diferencia de los bienes comunes los que referimos en el primer capítulo.

El ‘patrimonio cultural’ define a las diversas creaciones de cultura que se acumulan por el paso de los años en un pueblo o nación y, que constituyen su memoria colectiva y vínculo de identidad con el pasado; junto con las creaciones de la naturaleza que perviven en el tiempo (fósiles, osamentas) y que testimonian su vinculación con la cultura de los pueblos de un país²²⁰. No interesa que el patrimonio cultural de la nación tenga o no valor comercial, pues aún teniéndolo, no es éste, el valor que concede la calidad de patrimonio cultural a los bienes.

Ahora bien, para la valoración que se debe efectuar sobre “los bienes del patrimonio cultural”, nos apoyamos no solo en la ley de la materia, sino también en otras normas y documentos nacionales e internacionales. Comenzando con la UNESCO²²¹, que

²¹⁹BRAMONT-ARIAS, Torres Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra edición, Lima, Perú, 2005, p.192.

²²⁰ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 266.

²²¹ En Internet: <http://whc.unesco.org/en/statesparties/pe> (10/08/10), El patrimonio cultural en su conjunto abarca varias grandes categorías: **1)** Patrimonio Cultural, a la vez comprendido por: **A)** El Patrimonio Cultural Material

establece tres grandes categorías de bienes: el de *patrimonio cultural* (subdividido en material e inmaterial), el *patrimonio natural* y el *patrimonio en situaciones de conflicto armado*.

Nuestra norma penal utiliza la denominación general de “*bienes del patrimonio cultural*”²²² y *bienes culturales*”, lo mismo que de acuerdo a la UNESCO, se encuentra dividido en *patrimonio cultural material* y *patrimonio cultural inmaterial*, a su vez; el primero se subdivide en *patrimonio cultural mueble*, *patrimonio cultural inmueble* y *patrimonio cultural subacuático*. Aunque, la norma penal acoge únicamente a los *bienes del patrimonio cultural material* como objeto material de las conductas delictivas; dejando desprotegido a los bienes del patrimonio cultural inmaterial que podrían ser objeto de una apropiación de autoría por ejemplo, pero este es otro tema de investigación.

Ahora bien, en el capítulo único de Delitos contra Bienes Culturales de nuestra norma penal, se describe las acciones delictivas las cuales según su objeto material podemos organizarlas en tres grupos: en el primer grupo están las conductas de *asentamiento, depredación, exploración, excavación y remoción*, las cuales sólo pueden efectuarse en *bienes inmuebles* pertenecientes al patrimonio cultural; en el segundo grupo ubicamos las conductas de *comercialización o extracción del país y el no retorno de los bienes*, cuya comisión delictual es factible en los *bienes muebles* del patrimonio cultural; finalmente en un tercer grupo, consideramos las conductas de *destrucción y alteración (y comercialización)*, que se efectúan en ambos tipos de *bienes muebles e inmuebles* del patrimonio cultural. Por lo tanto, hasta aquí podemos decir que en nuestra legislación penal, el objeto material del delito, es el patrimonio cultural tanto mueble como el inmueble o los bienes del patrimonio cultural; clasificación que se asemeja a la descrita por la UNESCO en la categoría de *patrimonio cultural*,

subdividido en: **a.1)** patrimonio cultural mueble (pinturas, esculturas, monedas, manuscritos, etc.); **a.2)** patrimonio cultural inmueble (monumentos, sitios arqueológicos, etc.); **a.3)** el patrimonio cultural subacuático (restos de naufragios, ruinas y ciudades sumergidas, etc.); **B)** El patrimonio Cultural Inmaterial (tradiciones orales, artes del espectáculo, rituales, etc.); **2)** El Patrimonio Natural (sitios naturales que revisten aspectos culturales como los paisajes culturales, las formaciones físicas, biológicas o geológicas, etc.); **3)** El Patrimonio en Situaciones de Conflicto Armado.

²²² Sin que eso signifique que no extienda su protección a los bienes del patrimonio natural y el patrimonio en situaciones de conflicto armado, los mismos que se encuentran considerados en la Ley del Patrimonio Cultural de la Nación de forma general (Ley N° 28296).

subcategoría *patrimonio cultural material* que comprende los *muebles e inmuebles*, es decir las creaciones humanas.

Pero, la norma hace mayores distinciones a la de bienes culturales muebles e inmuebles como objetos del delito, sino que además, precisa que dichos bienes culturales pueden pertenecer indistintamente a la época prehispánica y a época diferente de la prehispánica (posthispánica). Situación que no debiera causar mayor comentario, porque solo hace una división en el tiempo a partir de un hecho histórico²²³. Precisemos que los *bienes prehispánicos* son los bienes creados por los habitantes peruanos antes de la llegada de los españoles (1532) a nuestro territorio nacional; en tanto que, los bienes culturales diferentes de la época pre hispánica también denominados *bienes posthispánicos* son aquellos creados por los peruanos en fecha posterior a la llegada de los españoles.

El carácter prehispánico y posthispánico de los bienes culturales en atención al tiempo de antigüedad, establece diferencias que influyen en el tipo de protección brindada a cada bien cultural; pues, si se trata de delitos contra *bienes culturales prehispánicos* la protección se da de forma conjunto sin excepción; en tanto que, si el ilícito se realiza sobre *bienes culturales posthispánicos*, la norma tiene un requerimiento adicional consistente en que dichos bienes culturales en particular deben: “previamente ser declarados como tales”. De manera que, la protección penal en relación a los *bienes culturales posthispánicos*(muebles e inmuebles), es restringida únicamente para los bienes que cuentan con una Resolución administrativa que los declara patrimonio cultural de la nación. Por lo dicho, nuestra primera conclusión la precisamos aún más, en el siguiente sentido: *el objeto material del delito en nuestra legislación penal son los bienes culturales prehispánicos muebles e inmuebles en forma general y, los bienes culturales posthispánicos muebles e inmuebles únicamente declarados patrimonio cultural*.

²²³El hecho histórico trascendente que considera la ley para establecer o categorizar a los bienes culturales, es la llegada de los españoles a territorio peruano en 1532, la importancia obedece a que los bienes creados antes de esta fecha son de mayor valor no solo por su antigüedad sino porque representan la manifestación originaria de los habitantes del territorio peruano, en tanto que los bienes creados con posterioridad a esta fecha constituyen expresiones que contienen la influencia de una cultura extranjera.

Respecto a los bienes culturales posthispánicos existe una evidente controversia entre lo establecido por la norma penal y la norma constitucional; ya que la Constitución ampara tanto los bienes posthispánicos declarados y los que se presumen como tal; en tanto que la *norma penal* sólo reprime conductas atentatorias contra bienes culturales posthispánicos del patrimonio cultural declarados; es decir, sólo una parte de ellos, y en atención a la realidad la parte más pequeña. Situación que debiera resolverse al momento de la calificación de tipo penal, con la remisión a la norma especial (Ley del Patrimonio Cultural), la cual establece una protección general para los bienes culturales declarados y los que se presumen.

Similar al elemento normativo '*previa declaración*' de los bienes culturales posthispánicos de nuestro Código penal, en otras legislaciones la exigencia denominan como: *singular protección*²²⁴. Sobre estos requisitos hay posiciones en contra²²⁵, que consideran que no es preciso que esté declarado el interés cultural, en vista de que la experiencia señala, que generalmente no se derriba o altera un edificio declarado como tal, o aquel que tiene expediente incoado para su pronta declaración; sino, los que se sabe, que tienen gran valor pero, por descuido o desidia de la administración, no están protegidos todavía. Situación que resulta cierta en parte, pues, no debiera producirse atentados contra los bienes declarados que se encuentran en posesión y administración del Estado, o difícilmente debiera darse, pero los atentados se dan no sólo por acciones, sino por omisiones. Por otra parte, algunos de los bienes culturales que cuentan con declaración y están bajo posesión y dominio de particulares se encuentran más propensos al menoscabo de las acciones humanas, porque su conservación demanda gastos con los que no cuenta. De esta forma nuestra experiencia nacional nos indica que los atentados se efectúan aún en los bienes del patrimonio cultural declarados, y con mayor razón en los que no recae ninguna protección. Pues, como lo expresa la postura extranjera mayoritaria, no se podrán incriminar por la vía ilícita los derribos o alteraciones de "edificios" que no ostenten dicha "singular protección". Y según nuestra legislación penal no hay ilícitos sobre lesiones causadas a bienes posthispánicos que no estén *previamente declarados como*

²²⁴ Art. 321 Código penal español: "Los que derriben o alteren gravemente edificios *singularmente protegidos* por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años...".

²²⁵ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 470 s. CatalanSender no apoya la obligatoriedad sobre la declaración o singular protección.

tales. Con lo cual no creemos que la solución sea declarar como delito todos los menoscabos recaídos en los bienes culturales, ni tampoco trabajar con la teoría de la presunción de bienes culturales, sino, hay que establecer categorías de protección, sin dejar de lado ningún bien cultural.

La teoría que con mayor claridad explica este requisito, señala: que se exige el formalismo²²⁶ de la declaración administrativa por el posible conflicto entre la dualidad de valores: *el valor cultural* y *el valor de uso*. Pues, se resalta la coexistencia de estos dos tipos de valores en los bienes culturales como la razón consecuente para la declaración formal de su protección²²⁷ y así asegurar la conservación de los valores culturales. Ciertamente los bienes culturales, particularmente los posthispánicos presentan este conflicto, en atención a su antigüedad reciente de muchos de ellos y la utilidad que aún puede dárseles, trátase el caso de inmuebles aún habitables o el caso de muebles aún aprovechables; pues, cuando no existe una declaración de su condición de patrimonio cultural, prima el valor de uso sobre dichos bienes. No olvidemos que en los bienes también se plantea la coexistencia de un interés cultural y otro económico²²⁸, donde el primero (cultural) abona por su mantenimiento original del bien, mientras que el segundo (económico) hace más rentable su transformación o destrucción del bien cultural.

Con este planteamiento sugerimos: la necesidad de reformular la categoría de bienes post hispánicos, sin dejar de proteger penalmente las lesiones graves contra bienes no declarados oficialmente.

Otro alcance que debemos hacer en cuanto al objeto material²²⁹, es sobre la variada denominación usada en la legislación nacional de los *bienes culturales pre hispánicos*; no existe una uniformidad, la Constitución Política menciona a “yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos y lugares”, definición amplia que engloba a los diferentes bienes inmuebles y que constituiría una

²²⁶ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 482.

²²⁷ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 481.

²²⁸ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 473.

²²⁹ BLANCO LOZANO, Carlos, Tratado de Derecho penal español, ob.cit., p.187. En: <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecapucopsp/doc>. En tanto que el objeto material de este delito es el edificio singularmente protegido por su interés histórico, artístico, cultural o monumental, declarado por el ministerio de la Ley o mediante Real decreto de forma individualizada.

concepción más *dinámica*²³⁰ de patrimonio cultural que abarca al bien cultural y su entorno ambiental y cultural; en tanto que, en el Código penal (art. 226), al regular respecto a los bienes del patrimonio cultural prehispánicos, reprime las conductas lesivas dirigidas únicamente contra los “monumentos arqueológicos”²³¹, término que resulta muy restrictivo²³² para el tipo descrito, situación que ocasiona un problema de interpretación judicial, porque se deja al desamparo otras categorías señaladas por la UNESCO, como son los *conjuntos y lugares* que también forman parte de los bienes prehispánicos; asimismo, se deja de lado otros inmuebles como son los *sitios arqueológicos, zonas de reserva arqueológica o elementos arqueológicos aislados*, los que difieren mucho del concepto *monumento*.

El término “monumento”²³³, fue utilizado por las primeras legislaciones europeas que regularon sobre la protección de los bienes culturales, concepto que más tarde fue reemplazada por el término *patrimonio cultural*; recogido de los Tratados y recomendaciones de la UNESCO, que pretendía abarcar las diferentes categorías de bienes culturales; hecho que es necesario superar la denominación establecida en la norma penal nacional, con la finalidad de evitar restricciones en la protección penal de los bienes del patrimonio cultural prehispánicos. Pues, los inmuebles que no son declarados “monumentos arqueológicos”, quedan excluidos del ámbito de protección,

²³⁰ PRIETO DE PEDRO, Jesús, “Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución”, en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas S.A., TOMO II, Madrid, 1991, p. 1559. “... se ha ampliado el repertorio de los inmuebles protegidos del “monumento” singular al “conjunto”, y, de éste, al “ambiente”; y, paralelamente, se ha pasado de una visión estética a una visión dinámica del monumento como “trozo de vida”.

²³¹ PRIETO DE PEDRO, Jesús, “Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución”, en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas S.A., TOMO II, Madrid, 1991, p. 1554. “Por monumentos antiguos se deben entender estatuas, bustos y baxos relieves, de cualesquiera materias que sean; templos, sepulcros, teatros, anfiteatros, circos, naumaquias, inscripciones, mosaicos, monedas de cualquiera clase, camafeos, trozos de arquitectura, columnas milenarias; instrumentos músicos, como sistros, liras, crótales; sagrados como prefericulos, simpulos, litros, cuchillos, sacrificatorios, segures, aspersorios, vasos, trípodes; armas de toda especie como arcos, flechas, glandes, careaxes, escudos; civiles como balanzas y sus pesas, romanas, relojes solares, o maquinales, armillas, collares, coronas, anillos, sellos: todas suerte de utensilios, instrumentos de artes liberales y mecánicas; y finalmente cualesquiera cosas aún desconocidas, reputadas por antiguas, ya sean Púnicas, Romanas, Cristianas, ya Godas, Arabes y de baxa edad”. Es una visión estética de monumento.

²³² MAYORGA ZARATE, José Manuel, “Los delitos contra el patrimonio cultural, a propósito de una reciente modificación”. En: Yachaq Rev. de Derecho N° 4.CIED, Cusco-Perú, 2005, p. 201. La acepción del término “monumento” según el Diccionario de la Lengua Española, se entiende como monumento: “obra conmemorativa, arquitectónica o escultórica / objeto de arte, literatura o ciencia que se hace memorable / sepulcro”.

²³³ MAGAN PERALES, José M. A., La Circulación Ilícita de Bienes Culturales, Edit. Lex Nova, España, 2001, pp. 57 s. El término “monumento” se utilizó por primera vez con la Ley Federal de Australia de 1923 “Protección de Monumentos”, en Bélgica con la “Ley sobre la conservación de monumentos y lugares” y en Luxemburgo con la “Conservación y protección de monumentos y lugares”. El término era utilizado solo o se le añadía un adjetivo, como: “monumento histórico” en Francia y Holanda, “monumento antiguo” en Suecia, “monumentos nacionales” en Irlanda. En las últimas décadas el vocablo “patrimonio histórico” es utilizado por España en su Art. 46 de su Constitución y su Ley 16 de 1985 Ley del Patrimonio Histórico.

razón por la cual la doctrina extranjera²³⁴ intentó modificar su término “*edificio*” por el de “*inmueble*”, entendiendo que el término “edificio” es una especie del género de los bienes inmuebles. Lo mismo podemos aplicar en la legislación nacional, los *monumentos*, son una especie del género bienes inmuebles, que es mucho más amplio, incluso se sostiene que el término *construcción*²³⁵ tiene un mejor sentido.

Nosotros consideramos que se debe utilizar el término general y amplio de *bienes inmuebles*, en vez de monumento, porque el concepto abarca a todo tipo de construcciones efectuadas por los antecesores.

2.1.4. Conductas Típicas

La norma penal en el Título VIII, Capítulo único, los “Delitos contra los bienes culturales” describe un conjunto de conductas lesivas a los bienes culturales, las mismas que conforme a lo establecido por la parte general de la misma norma (art. 11 C.P.), pueden ser de *acción u omisión*, y recaen sobre los bienes culturales prehispánicos y posthispánicos.

Considerando los seis artículos del título autónomo de los delitos patrimoniales (del art. 226 al 231 del C.P.)²³⁶, diferenciaremos dos grupos: Primero, *las conductas de acción* desplegadas por sujetos comunes en contra del patrimonio cultural y que se encuentran descritas en los art. 226, 227, 228 y 230 C.P.; en tanto que en el art. 229 del C.P., se regula el segundo grupo consistente en la *conducta de omisión*, atribuida a personas con carácter especial, como es el caso defuncionarios o autoridades, que omiten los deberes de sus cargos facilitando la comisión del delito.

²³⁴GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 469, art. 321 Código Penal Español.

²³⁵GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 469. En tanto que “*edificio*” se refiere a arquitectura, la “*construcción*” comprendería obras de ingeniería, tales como puentes, fabricas, acueductos, etc.

²³⁶En la Legislación Española, el Código Penal tipifica en cuatro artículos, los “Delitos sobre el Patrimonio Histórico”: *art. 321°* El derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos, *art. 322°* Responsabilidad de autoridad y funcionarios públicos, *art. 323°* Daños contra el patrimonio cultural y el *art. 324°* Daños por imprudencia grave. En nuestra legislación nacional, no se contempla como una modalidad del tipo la figura del *Daño* contra el patrimonio cultural, debiendo acudir para su punición a la modalidad del daño regulada en los Delitos contra el Patrimonio, art. 206° Daño Calificado Inc. 1°.

2.1.4.1. Conductas de Acción

En el primer grupo de conductas de acción, hallamos conceptos que lesionan los bienes culturales prehispánicos (art. 226, 227 y 228 C.P.), cuyas acciones consisten en: *asentarse, depredar, explorar sin autorización o remover sin autorización* monumentos arqueológicos prehispánicos (art.226 C.P.); son conductas de despliegue de actividades de parte del agente, el que a su vez, debe conocer que en el inmueble o terreno donde se perpetran estas conductas, existe presencia de patrimonio cultural; por tanto, existe la intención de lesionar estos bienes (dolo directo) o son conscientes que por lo menos, con su proceder pueden lesionar los bienes culturales (dolo eventual), aunque su finalidad sea distinta.

Se suma a este grupo las conductas: *promover, organizar, financiar o dirigir grupos de personas para la comisión de las conductas del art. 226* (art.227 del C.P.); este tipo de conductas, por lo general exige un conocimiento e intención directa de lesionar los bienes culturales (dolo directo); porque, si los trabajos no se efectúan con los cuidados de rigor y técnicas correspondiente, cualquier excavación o depredación —sin autorización y/o clandestina—, será lesiva para los bienes culturales, situación que es de pleno conocimiento de los financiadores que promueven, sin prever los graves daños que se pueden ocasionar al patrimonio cultural de la nación.

Finalmente, entre las *conductas de acción*, en contra de los bienes culturales prehispánicos y posthispánicos, están las acciones: *destruir, alterar, extraer del país o comercializar sin autorización previa, o no retornarlos* (art. 228 y 230 C.P.), que pueden producirse bajo la modalidad de *dolo directo o dolo eventual*, conforme se verá más adelante en el análisis de los artículos respectivos del Código penal.

Las *conductas de acción* tipificadas en la norma penal, son las siguientes:

a) Atentado contra monumentos arqueológicos. (art. 226 C.P.)

“El que se *asienta, depreda* o el que, sin autorización, *explora, excava o remueve*²³⁷ monumentos arqueológicos prehispánicos, sin importar la relación de derecho real que ostenta sobre el terreno donde aquel se ubique, siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien, (...)”.

²³⁷Lo resaltado es nuestro, son las conductas delictivas.

En la presente norma, apreciamos cinco verbos que nos hacen presumir cinco conductas; sin embargo, para el análisis respectivo los dividiremos en dos grupos: a) *El asentamiento* en monumentos arqueológicos prehispánicos y, b) *Ladepredación* de monumentos arqueológicos prehispánicos. Las razones de esta división resulta porque coincidimos con la opinión de Raúl Peña Cabrera, para quien los verbos: *explorar*, *excavar* y *remover*; constituyen más bien, medios comisivos de la conducta típica *depredación*.

i) El asentamiento en monumentos arqueológicos prehispánicos

Este tipo penal fue adherido el año 2005 a nuestra legislación como parte de una modificación legislativa, en vista que el tipo original²³⁸ no regulaba esta conducta; pero que sí, se encontraba tipificada en otras legislaciones extranjeras. También hay que señalar que el tipo es exclusivo para bienes prehispánicos, los mismos que son de propiedad exclusiva del Estado.

Ahora bien, el término *asentarse*²³⁹, es entendido como el *acto de instalarse, ocupar, edificar una vivienda*, en un lugar prehispánico. Este comportamiento se hace efectivo con la invasión de terrenos y, la consiguiente edificación de viviendas sobre yacimientos y; lugares con presencia de bienes culturales prehispánicos, en sitios no descubiertos, abandonados o descubiertos, pero poco explorados o sin explorar, terrenos que no fueron revalorizados culturalmente por el organismo encargado.

La ilicitud de la conducta, se encuentra en el verbo rector *asentarse*, que se produce cuando el agente o los agentes se posesionan de un terreno ajeno o espacio adyacente²⁴⁰; pero, sobre todo sin contar con la autorización respectiva que permita su ocupación o habilitación urbana, para esto se requiere estudios previos, de exploración arqueológica y descarte de presencia de bienes culturales. Puede darse el

²³⁸ Código Penal de 1991, art. 226 “El que depreda o el que, sin autorización explora, excava o remueve yacimientos arqueológicos prehispánicos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa”.

²³⁹ Modalidad delictiva que fue incluida en la modificatoria de la Ley N° 28567 del 02/07/2005.

²⁴⁰ Es el caso de asentamiento u ocupación en la Zona Arqueológica de Chan Chan, en la Ciudad Sagrada de Caral, en espacios adyacentes a las Líneas y Jeroglíficos de las Pampas de Nazca, parque Arqueológico de Sacsayhuaman, en terrenos adyacentes al Santuario Histórico de Machupicchu, constituiría delito.

caso, que las razones del asentamiento sea la misma intención de depredación del bien cultural, por lo que el asentamiento será temporal y requerirá de autorización para los fines específicos; pero, cuando se trata de un asentamiento de mayor duración como es la habitabilidad en la que está de por medio las intenciones de cubrir necesidades de vivienda u otras (Ej. cultivo de productos agrícolas y pastoreo de animales); debe tenerse en cuenta que de permitirse, traerá consigo la alteración total o parcial de muros o infraestructura prehispánica, así como la depredación de los mismos y su inmediata destrucción.

Aunque la norma penal no precisa las condiciones de la ocupación, sí debe ser temporal o permanente; a nuestro entender, la norma abarca ambos tipos de ocupación por el carácter general de protección que otorga a los bienes prehispánicos, objeto de este tipo.

Por otra parte, la ocupación debe ser dolosa; es decir, con pleno conocimiento de que su conducta está prohibida y existe la voluntad de cometer el ilícito; pero, además ésta intención se verá reflejada según la norma en el hecho de que haya un conocimiento público, o se presuponga que el lugar cuenta con protección especial, por la presencia de evidencias culturales; situación que impida al agente argüir desconocimiento o un error de tipo.

El *asentamiento* no sólo debe carecer de autorización, sino que, para su consumación debe producir un menoscabo físico o constituir una grave amenaza para los bienes culturales; asimismo representa también un atentado a la función social del bien cultural, cuando intentan cambiar el bien o espacio cultural, por un bien habitable. La forma imperfecta de éste ilícito, se produce cuando el asentamiento se efectúa sobre terreno que contiene vestigios culturales, sin que se lo afecte en su totalidad, o cuando se desconoce o se ha descartado erróneamente la condición de área arqueológica del lugar; de manera que un asentamiento en esas condiciones constituiría una conducta atípica.

En la realización del tipo '*asentamiento*', pueden concurrir otros delitos, como el '*daño*', causado a los bienes culturales principalmente los muebles, durante la ocupación del espacio cultural, o como consecuencia de éste, o la afectación del

espacio cultural en posteriores construcciones. En cualquiera de las situaciones, si la afectación sobre los bienes culturales es considerable —según informe de peritos de la materia—, corresponderá imputar por el delito de ‘daños’ contra el patrimonio cultural.

ii) La depredación: exploración, excavación y remoción de monumentos arqueológicos prehispánicos

Tal como se expresó líneas arriba, la conducta típica es el *verbo depredar*, en tanto que los verbos *explorar*, *excavar* y *remoción*, son medios comisivos a través de los cuales se produce la conducta de *depredación*²⁴¹.

Pero ahora, veamos en qué consiste la conducta ilícita *depredar*, entendida como un robo, con daño a los yacimientos arqueológicos. El robo o saqueo con uso de violencia contra los bienes culturales²⁴² a cuya consecuencia se destruye o daña los yacimientos arqueológicos, hace perder las huellas que deberían permitirnos conocer con mayor exactitud nuestro pasado histórico.

Esta conducta detenta mayor gravedad, porque, pone en riesgo la subsistencia física del bien cultural, al hacer pasible de: una sustracción y, posible pérdida del bien²⁴³ de su contexto natural; además, hay que añadir el daño²⁴⁴ de privar a la sociedad del conocimiento y valoración del bien cultural. Asimismo, debo manifestar que para nosotros la *depredación*, es la acción final de una cadena de acciones que lesiona el patrimonio cultural, que casi siempre estará precedida por la *exploración*, *excavación* y *remoción*, como medios que la facilitan.

²⁴¹En el Código Penal Cubano Ley N° 62 (29/12/1987), art. 247 se comprende como conducta ilícita la *exploración arqueológica* sea mediante la *excavación* y *remoción* de tierras. Recordemos que fue la legislación Cubana la primera en regular los ilícitos en contra del patrimonio cultural de manera autónoma.

²⁴²PEÑA CABRERA, Raúl, id., p. 1119. En ese sentido Peña Cabrera, manifiesta que es común en este tipo de conducta la presencia de los “huaqueros”, quienes sustraen los bienes culturales sin ningún tipo de conocimiento de los sitios arqueológicos; la actividad de los huaqueros constituye una verdadera profanación, realmente se saquea sin misericordia al abrir las entrañas de la tierra que guardan los tesoros que simbolizan nuestra historia pasada. Situación muy distinta la de los especialistas, caso de los descubridores del Señor de Sipán.

²⁴³TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit., p. 98.

²⁴⁴GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 422. “Los que *derriben o alteren gravemente*²⁴⁴ edificio singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, y en todo caso inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso los Jueces o Tribunales, motivadamente podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe” (art. 321 CPE).

Sobre los medios comisivos en orden a su suceso, podemos anunciar:

Primero, la *exploración*, connota acciones de registro, observación, reconocimiento o averiguación, localización del espacio o terreno donde se encuentra el patrimonio cultural prehispánico; que nos permiten determinar el valor del bien y la clase de bien encontrado²⁴⁵; lo que nos lleva a afirmar que las posteriores acciones son actividades netamente dolosas, al final de la exploración.

Sin embargo, ésta actividad no debe ocasionar ningún daño físico o lesión al patrimonio cultural; porque, con la exploración lo que en sí se reprime, es la carencia de autorización de la autoridad correspondiente, para efectuar la exploración del sitio prehispánico. Esto mas bien, constituye a nuestro entender, una vulneración de la norma administrativa y consiguientemente una infracción administrativa, y no una afectación o lesión a un bien cultural, que justifique su punición penal; aunque cabe la posibilidad mínima de que en los actos de exploración se altere o dañe el patrimonio cultural. Pues, aún cuando la exploración se pretendiese hacer en inmueble de propiedad privada, se requiere la autorización del Ministerio de Cultura, y que se haga bajo la dirección y supervisión de un especialista (arqueólogo).

El segundo medio comisivo de la depredación, la *excavación*²⁴⁶, está referida a la acción de remoción sistemática del suelo, y apertura del suelo. Esta acción es ilícita, cuando es realizada deliberadamente por personas inescrupulosas²⁴⁷, sin conocimiento alguno de la materia y sin autorización. Esta conducta es posterior a la exploración y previa a la extracción de los bienes culturales de su lugar oriundo; aunque por lo general quien excava, también depreda los bienes culturales y a veces también explora. Pero, también es cierto que muchas excavaciones se efectúan sin un trabajo previo de exploración, como sucede con las acciones de los ‘huaqueros’ en nuestro territorio nacional.

²⁴⁵ PEÑA CABRERA, Raúl, id., p. 1122.

²⁴⁶ PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho penal, ob.cit., p. 1120. Quienes más incurrir en esta modalidad delictiva son los huaqueros, —personas sin profesión y/o especialidad académica respecto a la protección del patrimonio cultural—son quienes con la única finalidad de obtener un provecho de índole económico, saquean clandestinamente los santuarios precolombinos, y como refiere el autor “*pico y lampa cava por aquí y por a cuyá buscando el oro y el objeto impresionante. No le interesa el daño que comete*”.

²⁴⁷ PEÑA CABRERA, Raúl, ibíd., p.1122.

La labor del agente consiste en la apertura de zanjas u hoyos con el propósito de obtener los bienes culturales que se encuentran en el lugar, ocasionando daños, alteración y hasta posible destrucción del patrimonio cultural y el entorno cultural. Resultando que la acción se configura en delictiva, porque no se cuenta con la autorización respectiva; pues, se trata de excavaciones clandestinas que implican subsecuentemente destrucción del sitio o lugar histórico y/o arqueológico; impidiendo que se puedan realizar estudios²⁴⁸ acerca de las piezas y sitios culturales, asimismo obstaculiza obtener mayor información de nuestros ancestros.

En tal sentido, consideramos que en la modalidad de excavación como medio de depredación, se constituye una infracción administrativa por falta de autorización; y, sólo en el caso de producirse una lesión al bien prehispánico existiría una infracción penal, que a nuestro parecer será la que prime sobre la administrativa, siempre que la lesión sea irreversible; a su vez, la falta de autorización constituirá una agravante de la conducta. Si no hay daño, la infracción es y se mantiene como administrativa.

Finalmente, la tercera forma de ‘depredación’ es a través de la *remoción*, entendida como la acción de mudar una cosa de un lugar a otro, produciendo un cambio, un daño físico y daño del valor cultural de los objetos contenidos en el yacimiento, porque se hacen sin tomar en cuenta la estratigrafía natural y las técnicas requeridas; ésta constituye una de las conductas finales del atentado hacia el patrimonio cultural prehispánico enterrado.

La *remoción* podría implicar una afectación física a los bienes culturales, pero sobre todo el problema estriba en la falta de autorización, de manera similar a las anteriores conductas.

Ahora, respecto a estas conductas, concluimos que la infracción es netamente administrativa, porque no implica una afectación considerable sobre el patrimonio cultural; pero de producirse debe reprimirse penalmente. La misma conducta puede efectuar la autoridad correspondiente y lesionar el patrimonio cultural, en el desarrollo de sus servicios públicos; y se le sancionará como conducta culposa, si el

²⁴⁸ RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico de bienes culturales, ob.cit., p. 12.

daño es irreversible; aunque por la especialidad del autor, debiera considerarse una agravante, dependiendo de las circunstancias del hecho. De manera que, la *exploración, excavación y remoción* son conductas arqueológicas que las realiza la autoridad; la diferencia es el permiso, por lo que no debiera sancionarse penalmente, salvo que la lesión sea grave y exista una grave negligencia; en este caso se sancionara por alteración o destrucción y las otras conductas de este tipo, o por no contar con autorización; en todo caso sólo debiera ser agravante la condición especial del autor del ilícito.

Además debemos observar, que la *depredación* es más común en yacimientos arqueológicos que en los monumentos; en tanto que la *ocupación* no solo se efectúa en monumentos, sino también en sitios o lugares con presencia de restos culturales. No olvidemos que los españoles señalaron, que aún los basureros arqueológicos contienen vestigios culturales rescatables.

Concluiremos indicando que una excavación formal y verdaderamente responsable, nos permitirá saber mucho más acerca de nuestros antepasados, conocer su modo de vida y entender más acerca de su comportamiento²⁴⁹; pero, con este tipo de conductas delictivas se borra las huellas del pasado y de nuestra identidad social.

b) Inducción en la comisión de atentados contra yacimientos arqueológicos prehispánicos. (art. 227 C.P.)

“El que *promueve, organiza, financia o dirige*²⁵⁰ grupos de personas para la comisión de los delitos previstos en el artículo 226 (...)”.

La conducta consistente en la *inducción o promoción* de atentados contra yacimientos prehispánicos, que de otra manera significa: impulsar, iniciar, adelantarse en una acción a fin de lograr algo²⁵¹; el autor del delito motiva, instiga o estimula a una o a un grupo de personas a depredar yacimientos arqueológicos; predispone de esta forma la comisión de un delito contra los bienes culturales. La conducta puede darse a través de diferentes mecanismos como: i) organizar la comisión del ilícito; ii) proporcionar el financiamiento para ilícito; y iii) dirigir la comisión del ilícito.

²⁴⁹ RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico de bienes culturales, ob.cit., p. 50.

²⁵⁰ Lo resaltado es nuestro, son las conductas delictivas.

²⁵¹ PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de derecho penal, ob.cit., pp. 1126 y s.

i) **Organizar la comisión del ilícito**, está referido a las acciones de coordinar, sistematizar las actividades para su mejor ejecución²⁵². Tratándose de ilícitos en contra de bienes culturales prehispánicos, la labor consiste en repartir las actividades de exploración, excavación, comercialización de dichos bienes, o de ser el caso, su sustracción y posterior extracción del país.

ii) **Proporcionar el financiamiento para el ilícito**, el financiamiento se relaciona con la entrega de fondos económicos y medios suficientes para facilitar el hecho delictivo; es decir, no necesariamente estriba en la entrega de dinero, sino también de instrumentos para cometer las exploraciones y excavaciones de los yacimientos arqueológicos²⁵³, como el caso de palas, picos, sogas, etc.; así, como medios para su extracción del país, pasajes, cajas, etc.

iii) **Dirigir la comisión del ilícito**, entendida como la acción de encaminar²⁵⁴ para llegar a un determinado fin, guiar u orientar al grupo de personas para que realicen los trabajos de depredación, exploración, excavación y remoción; el agente puede actuar de forma directa acudiendo al lugar de la depredación o de manera indirecta dando las pautas necesarias sin apersonarse al yacimiento arqueológico. El agente debe tener el control sobre el grupo de personas que realizan el trabajo (el huaqueo), por lo que el grupo de personas depredadoras del patrimonio cultural se convierten en herramientas del ilícito.

Las actividades delictivas de este tipo, por lo general corresponden a asociaciones delictivas en contra del patrimonio cultural, que subvencionan a terceros para que sustraigan o extraigan los bienes culturales, para su posterior comercialización. Por lo que, estas conductas representan el punto de inicio de las conductas descritas en los otros tipos; sin embargo, la mayor deficiencia y especial observación que amerita esta norma, es que únicamente se regula para las conductas del art. 226 del C.P. (bienes prehispánicos); cuando la conducta es perfectamente viable, para propiciar la

²⁵²PEÑA CABRERA, Raúl, ibíd., p.1127.

²⁵³PEÑA CABRERA, Raúl, ibíd., p.1127.

²⁵⁴PEÑA CABRERA, Raúl, ibíd., p.1127.

comisión de ilícitos de bienes posthispánicos descritos en el título VIII del Código penal, inclusive para conductas en contra del patrimonio cultural tipificadas en las figuras de hurto y robo, en las que perfectamente intervienen financiadores, organizadores y directores del ilícito.

Finalmente concluimos que la conducta de este tipo, puede contar con la participación de un solo agente en calidad de autor, quien efectúa las acciones de *organización, financiamiento y dirección*; así como es posible que dichas acciones sean realizadas por diferentes sujetos que responderán en calidad de coautores. Pero consideramos que la conducta debiera más bien constituir una agravante en los ilícitos que van en contra del patrimonio cultural, porque el sujeto que las realiza tiene dominio sobre la comisión del ilícito y, debe ser penalizada siempre que se consuma los ilícitos del art. 226 C.P.; es decir, que se produzca el *asentamiento y depredación* en perjuicio de bienes culturales prehispánicos. Porque de no consumarse referidos ilícitos la conducta quedará en una tentativa inacabada o como actos preparatorios.

c) Destrucción, alteración y extracción de bienes culturales (art. 228 y 230 C.P.)

Art. 228 “El que *destruye, altera, extrae del país o comercializa* bienes del patrimonio cultural prehispánico o *no los retorna*²⁵⁵ de conformidad con la autorización que le fue concedida, (...). En el caso que el agente sea un funcionario o servidor público con deberes de custodia de los bienes, (...)”²⁵⁶”.

Art.230 “El que *destruye, altera, extrae del país o comercializa*, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o *no los retorna*²⁵⁷ al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, (...)”²⁵⁸”.

Entre las conductas de acción se suman también la: i) *destrucción*, ii) *alteración*, iii) *extracción* del país y su subsecuente no retorno y, iv) *comercialización* de los bienes culturales al territorio nacional. Conductas que se encuentran tipificadas en dos artículos de la norma penal, estos dos tipos contienen conductas totalmente idénticas, siendo que la única diferencia y razón de nuestros legisladores para su redacción de

²⁵⁵ Lo resaltado con letra cursiva, son las conductas delictivas.

²⁵⁶ Texto modificado por Ley N° 28567 del 02/07/2005.

²⁵⁷ Lo resaltado es nuestro, son las conductas delictivas.

²⁵⁸ Texto modificado en el artículo único de la Ley N° 27244 del 26/12/1999.

forma separada es el objeto de afectación²⁵⁹ —mientras que el art. 228 C.P. tiene como objeto material del delito los bienes prehispánicos, el art. 230 C.P. regula sobre los bienes culturales post hispánicos—. Pero, para una mejor comprensión del tema, decidimos exponer cada una de las conductas por separado:

i) La destrucción de bienes del patrimonio cultural

Comencemos por intentar definir el término *destrucción*²⁶⁰, el mismo que tiene diferentes acepciones lingüísticas como: *demoler*, *derribar*, *destruir*; pero, desde una acepción relativa a los bienes materiales, se entiende como un grave atentado a la integridad física del bien cultural, un accionar con consecuencias de naturaleza irreversible²⁶¹; explicada también como el acto de “reducir a pedazos o cenizas algo material u ocasionarle un grave daño”²⁶²; todas estas concepciones podemos resumirlas en una sola idea, la pérdida física del bien material.

La destrucción de bienes culturales, la entendemos como todas aquellas acciones conducentes a derribar, demoler infraestructuras prehispánicas y posthispánicas; siendo que muchas veces el daño resulta irreversible por la originalidad y antigüedad de los bienes, que imposibilita su restauración.

En la historia de la humanidad a sido una constante la destrucción del legado de los antepasados, se señala por ejemplo que solo en el siglo pasado²⁶³, fueron causas de destrucción del patrimonio arquitectónico: el *vandalismo revolucionario*²⁶⁴. Situación similar vivimos con la llegada de los españoles a nuestro país, cuyo afán era destruir sin ningún tipo de reparo y mas bien pretendiendo no dejar huellas de la existencia del

²⁵⁹ Mediante una propuesta se unifica a estos dos tipos penales: Propuesta de modificatoria de los artículos del Código penal referidos al Patrimonio cultural de la nación, art. 228 C.P. “El que destruye, altera, daña, o el que sin autorización comercializa o extrae del país, bienes muebles integrantes del Patrimonio cultural de la nación, previamente declarados o sobre los que opere la presunción legal de serlos según la ley de la materia, o no los retorna de conformidad con la autorización que le fue concedida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa”. Abg. Fabricio Alfredo Valencia Gibaja, <http://blog.pucp.edu.pe>.

²⁶⁰ En el Diccionario de la Real Academia Española, *derribar* se define como: *arruinar, demoler, echar a tierra casas, muros o cualesquiera edificios*; y, en el Diccionario Técnico-Jurídico de la Construcción, *derribo* es: *destrucción o demolición de un edificio o de algún elemento constructivo*.

²⁶¹ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 429 y ss.

²⁶² TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit., pp. 104 y s. en relación a los bienes inmateriales significa “*deshacerse, inutilizar algo no material*”.

²⁶³ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 422 y ss.

²⁶⁴ Durante la invasión napoleónica fue de gran trascendencia la destructiva intervención urbanística, eliminando símbolos y edificios vinculados al antiguo régimen.

grupo cultural. Otra causa es el *urbanismo y sus mejoras*, que solo refleja la falta de conciencia del valor inmaterial e intangible del patrimonio cultural por parte de la población en general y de las propias autoridades; con la realización de trabajos, consistente en el derribo de monumentos y edificios, que forman parte del patrimonio cultural, o con remodelaciones y modificaciones bajo la justificación de darles una utilidad pública a inmuebles culturales que terminan siempre con reparaciones y reconstrucciones del inmueble, que van en contra del interés histórico y artístico del bien cultural. Esta también, el *abandono* por las dificultades técnicas y financieras del Estado y sus propietarios para su conservación; propiciándose así, la desaparición total o parcial de muchos bienes culturales, especialmente por efecto de las inclemencias de tiempo y la naturaleza. La falta de conciencia, no es otra cosa que una carencia de cultura e identidad con nuestra historia, y, por ende, con nuestro patrimonio cultural, que la han llevado a su destrucción paulatina.

El debate sobre el concepto de *destrucción* de los bienes culturales y/o históricos, se extendió a algunas legislaciones extranjeras ²⁶⁵; en Alemania, autores como Drehertrondle conciben la *destrucción* como: “una subespecie de daño, un grave daño que supone la anulación completa de su capacidad de uso”; que significa mas bien, un menoscabo en las funciones del bien. Similar es el aporte de Wolf, quien sostiene que: con el “acto de demoler se destruye una cosa, convirtiéndola en absolutamente inutilizable”. Según éstas dos concepciones, el ataque a los bienes culturales vendría a constituir un daño grave a la función del bien cultural, que pone en peligro la conservación física; concepción que no es completa; pues, la preservación de los bienes culturales no siempre implica su pre-existencia física, sino que, tanto el aspecto físico como funcional del bien, deben ser preservados para estudio, conocimiento y puesta en valor.

De la doctrina alemana, además se rescata la definición de Von Liszt, que es más completa y según la cual: *destrucción presupone la inutilización de la cosa, de acuerdo con su finalidad o destino y será imprescindible la lesión de la sustancia material*. Pues, esta concepción no sólo sostiene que mediante este tipo de accionar ilícito, se produzca la inutilización funcional del bien o para lo que fue creado; sino

²⁶⁵ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 431 y s.

que, además señala que debe darse una afectación física sustancial en el bien cultural, la misma que debe ser considerable, de manera que el bien pierda su valor cultural al perder su esencia física y funcional, lo que constituiría, no un daño, sino una destrucción del bien cultural.

Por otra parte, la doctrina española admite dos tipos de derribo: el *derribo total* y el *derribo parcial de inmuebles*, como lo expresa Muñoz Conde, cuando señala que, la conducta típica consiste en el derribo de los inmuebles. Y, por derribo hay que entender tanto la demolición total del edificio como la que afecta a una parte de la construcción; en posición contraria a M. Conde, Polaina Navarrete, refieren que la destrucción implica únicamente a la destrucción total del bien.

En similar opinión a M. Conde, se pronuncia C. Guisasola²⁶⁶, para quien constituye una conducta típica tanto el derribo total del edificio protegido, así como el derribo de una parte esencial del mismo; ósea, el derribo parcial. Pero precisa, que si el derribo afecta únicamente a alguno o algunos de los elementos carentes de especial interés, y se lleva a cabo sin la autorización que resulta preceptiva; dicho derribo quizás podría constituir una infracción administrativa. Es decir, según la autora mencionada, los derribos tipificados penalmente serán los derribos ilegales de edificios protegidos, es decir, los derribos no autorizados por la administración competente.

De acuerdo a la doctrina española, una afectación física sobre los bienes culturales o un ataque a la infraestructura de los inmuebles no sólo la inutiliza, sino, puede causar una destrucción parcial que compromete una parte esencial de la infraestructura o una destrucción total del bien; la destrucción debe efectuarse sobre bienes protegidos y sin contar con autorización administrativa.

En nuestra legislación, la comisión del delito de destrucción de bienes culturales prehispánicos, al ser un delito de resultado, se consuma con el derribo o una grave afectación material a la parte sustancial de la infraestructura (dolo directo o dolo eventual). Pero también se tiene los casos de destrucciones legales con previa autorización administrativa, por razones de seguridad principalmente de sus

²⁶⁶GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 433 y s.

ocupantes, que de darse son atípicas; otras son las destrucciones culposas efectuadas por funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, la declaración de ruina de inmuebles por parte de la autoridad respectiva o de personas especializadas, una vez ejecutada; constituye un atentado contra el patrimonio cultural. Sobre el particular, se discute mucho en la doctrina extranjera; si las declaraciones de ruina²⁶⁷ de los inmuebles y su inmediata demolición, constituye una conducta de destrucción ilícita; las opiniones manifiestan, que si los edificios a destruir son históricos y artísticos, a pesar de la decisión de su demolición por sus consideraciones culturales, puede imponerse la conservación a ultranza del inmueble. En el caso de inmuebles del patrimonio cultural habitados, pero, que son declarados inhabitables por su estado de ruina e inminente peligro para la vida de sus ocupantes; la destrucción inclusive es sugerida como medida acertada; salvo el caso de inmuebles desocupados, que a pesar de su estado calamitoso por contar con un reconocimiento de valor cultural, son preservados.

En opinión de autores como BoixReig y Carmona Salgado, la declaración de ruina y la consiguiente autorización para demoler el edificio, supone la exclusión del tipo penal; para que sea atípica la conducta, el derribo debe ajustarse a la preceptiva autorización administrativa. Si los derribos no se ciñen a los términos de la citada autorización, una vez obtenida, el comportamiento será delictivo. En suma, de acuerdo a la doctrina extranjera²⁶⁸, la declaración del estado ruinoso de un edificio protegido es causa necesaria, pero no suficiente para el derribo; pues el derecho al derribo o demolición de un edificio en estado de ruina puede quedar anulado o postergado por la presencia de valores culturales en el inmueble, pudiendo ser impedido por la autoridad competente en materia de patrimonio histórico, incluso cuando no se haya producido su declaración de interés cultural.

En nuestra realidad la autoridad pertinente es el INC (Ministerio de Cultura), encargado de su protección, quien tiene que ordenar la demolición de un inmueble por su estado ruinoso, lo cual no sería imposible si constituye una amenaza para la

²⁶⁷GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 435 y ss.

²⁶⁸GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 435 y ss.

integridad física y la vida de los pobladores, dependiendo de la ubicación del inmueble. En este caso lo que generalmente se hace es, tomar las medidas necesarias para rescatar el inmueble, o se toma medidas de seguridad para proteger a la población, más aún, si hoy en día existen las técnicas para la restauración de inmuebles culturales; el problema es que, en ocasiones la autoridad competente y mucho menos los propietarios particulares, cuentan con el presupuesto para restauración, por lo que el bien termina por destruirse con el tiempo y por efectos de la naturaleza, como son: las lluvias, vientos, movimientos telúricos.

La tipicidad de la conducta dependerá de la decisión de la autoridad administrativa, si existe autorización para efectuar el derribo del edificio protegido, la conducta se reputará como atípica, porque falta la exigencia que el tipo proyecta “implícitamente” sobre las circunstancias de la acción. Entonces, la *autorización administrativa*, es una *cláusula de autorización* que viene a ser un elemento normativo jurídico del tipo, o una remisión concluyente a actos administrativos que hacen del tipo uno parcialmente en blanco, por lo que la concurrencia de la autorización convierte al hecho en atípico.

De manera²⁶⁹ que el agente consuma el ilícito cuando inutiliza o arruina un bien cultural perteneciente a la colonia o a la república, la destrucción²⁷⁰ puede ser parcial o total, aquí se pierde o menoscaba el valor del bien tanto en su significado como en su contenido material.

La conducta de destrucción concurre con la figura de daños, que tiene a la destrucción como un medio comisivo; asimismo podemos citar concurso con los delitos patrimoniales como el caso del hurto y robo, en cuyas ejecuciones, tratándose de bienes culturales muebles particularmente, es posible la destrucción de los bienes. Recordando que se sancionará como destrucción si hay un menoscabo físico total del bien o una afectación que inutilice la función social del bien, en caso de que no sea así y la afectación será mínima, se reprimirá como daño u alteración.

²⁶⁹ PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de derecho penal, ob.cit., p.1139.

²⁷⁰ *Destruir* significa: arruinar, deshacer, implica un daño, un menoscabo, acción destinada a desaparecer o disminuir el valor del bien cultural.

ii) Alteración de bienes del patrimonio cultural

En principio hay que manifestar que el término *alterar* expresa: en su forma más simple *cambio, transformación, perturbación*; refiere cualquier tipo de modificación operada sobre la esencia, composición y estado de un bien, la cual puede ser total, parcial o efímera y además, puede ser negativa o contrariamente positiva.

En efecto existen alteraciones²⁷¹ no autorizadas por los entes encargados, pero que suponen mejoras o beneficios para los inmuebles culturales, es el caso de los trabajos de restauración de monumentos o inmuebles efectuada como parte de labores de *lexartis*; pero lo que nos interesa son aquellas alteraciones ilícitas que implican un menoscabo físico y funcional en los inmuebles culturales.

Ahora bien, según el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo *alterar* en su primera acepción implica “cambio de la esencia o forma de una cosa”, y en la última acepción refiere “estropear, dañar, descomponer”. Por lo anotado, entenderemos en adelante que; *la alteración a bienes culturales debe entenderse como cambios que estropean, dañan la esencia o forma del bien cultural*; concepto que resalta la afectación física sobre los bienes culturales.

En nuestra legislación nacional no existe referencias sobre el tipo de alteración requerida para que la conducta sea considerada ilícita, o una simple infracción administrativa, al encontrarse dicha conducta simultáneamente regulada en ambas normas. Pues, a nuestro criterio conforme lo establece la legislación española la alteración recaída en los bienes culturales, tendría que ser *grave*²⁷², aunque este elemento valorativo deberá determinarse por la práctica judicial, en base a documentos o informes que se presenten las partes; en el caso peruano será el INC (Ministerio de Cultura), el Archivo Nacional y la Biblioteca Nacional, según sea el caso, los encargados de determinar vía peritos o documentos de registro del bien cultural, si la alteración es grave y si constituye delito.

²⁷¹ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 460.

²⁷² GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 450.

Sin embargo, aún no queda claro los criterios para calificar la alteración producida sobre los bienes culturales, por lo que adoptamos las siguientes propuestas²⁷³ de la doctrina extranjera: a) las que señalan que el daño ha de cifrarse en la imposibilidad o grave perturbación de la *específica función cultural* que el edificio desempeña, exista o no afectación a la sustancia del mismo. Este criterio, según nuestra opinión es relativo, porque en efecto puede no ocasionarse un agravio sustancial; pero como se señala líneas arriba se necesita de una *afectación física* por lo menos parcial a la sustancia material del bien cultural. b) Una segunda perspectiva considera que la gravedad de la alteración dependerá del *grado de protección del objeto material* o del edificio patrimonio histórico y/o cultural. Respecto de este criterio hay que manifestar que en nuestra legislación la norma otorga una protección general a los inmuebles prehispánicos sin ninguna otra diferencia; es decir, no existe grados de protección en este tipo de bienes; por eso no es aplicable esta propuesta en nuestra legislación. c) Finalmente un tercer criterio²⁷⁴ sostiene que la gravedad deberá valorarse atendiendo a la *posibilidad o las dificultades de restauración de lo dañado*; a nuestro parecer este constituye el criterio más atinado para calificar la alteración sobre bienes culturales; cuanto más difícil sea su restauración mayor será la gravedad ocasionada al bien cultural, en tanto que, cuanto más factible sea la restauración menor será la gravedad afectada y, más se acercará a una infracción administrativa la acción.

Pero además, habrá que considerarse el tipo de bien, porque, por ejemplo; el simple acto de ensuciar un *muro prehispánico* constituiría una alteración²⁷⁵, sin que se produzca una modificación física, ya que esta forma de alteración afecta a los componentes del bien que pueden provocar su descomposición en el transcurso del tiempo.

La alteración grave²⁷⁶ debe afectar negativamente y de modo relevante a los elementos que determinan el valor histórico, artístico, cultural o monumental del

²⁷³ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 452.

²⁷⁴ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 452. Criterio compartido en la doctrina española por Muñoz Conde, Tamarit Sumilla. Por su parte Terradillos Basoco también refiere al criterio de la “*reversibilidad*”, considerando que si la alteración es fácilmente reversible no constituirá alteración grave. Para Milans del Bosh, Jordans de Uries y Tamarit Sumilla, afirman que si la alteración es leve al edificio protegido, se sancionara como infracción administrativa.

²⁷⁵ MAYORGA ZARATE, José, *Los delitos contra el patrimonio cultural, a propósito de una reciente modificación*, ob.cit., pp. 204.

²⁷⁶ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 450 s.

edificio y que justifican su especial protección, afectación de los *elementos estructurales del edificio* (la estructura arquitectónica), así como *al cambio de destino* (función del bien).

Por otra parte los cambios de uso²⁷⁷ no son motivos de desaparición de los inmuebles (edificio), pues, como ya se apuntó, es precisamente el uso lo que mantiene vivo al edificio, y el propio uso obliga a cambios; por este motivo, únicamente cuando los cambios produzcan perjuicios graves en los elementos de valor del edificio, la conducta puede resultar típica, no así, por el simple cambio de uso. En ese sentido los entes encargados de proteger los bienes culturales deben supervisar la utilización que se les otorgue de parte de los particulares principalmente, tomando en cuenta que los que se encuentren a cargo del Estado tendrán el uso debido, salvo situación contraria.

La alteración de bienes del patrimonio cultural, no solo se procura con la afectación directa al bien, ya sea sustancial o parcialmente, sino, a través de un menoscabo de su valor por realización de construcción que afectan su entorno²⁷⁸ o afectan su visibilidad.

Alterar, es cambiar la esencia o la forma de una cosa, deviene en delito cuando la acción se efectúa sin la autorización del organismo oficial competente (INC, hoy Ministerio de Cultura); implica además, modificar, transformar su contenido, estructura material; de manera que, pierde su significado y valor de bien cultural; pues, la tutela está dirigida a procurar conservar sus características propias y originales, es la llamada *intangibilidad* de la cual gozan los bienes culturales. Para Peña Cabrera²⁷⁹, el agente al modificar la estructura del bien cultural, reduce su verdadero y original valor cultural, atenta contra la misma esencia del bien, que según la legislación es intangible.

Por otra parte, en estos tipos es admisible la tentativa tanto en su modalidad acabada e inacabada²⁸⁰, si el sujeto practica todos los actos obviamente deberían producir el

²⁷⁷ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 458 s.

²⁷⁸ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 464.

²⁷⁹ PEÑA CABRERA, ibíd., p. 1139.

²⁸⁰ GUIASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 468.

resultado, esto es, *alteración*. Sin embargo, si el resultado no se produce por causas independientes a la voluntad del actor, en ese caso, estaremos ante un supuesto de *tentativa acabada*; pero, si el agente únicamente realiza parte de los actos necesarios que no bastan para que se produzca el tipo, entonces estaremos ante una hipótesis de *tentativa inacabada*. En la *tentativa inacabada* el resultado no llega a producirse, porque faltan las condiciones necesarias: pensemos en que el agente lleve a cabo actuaciones sobre la cubierta del edificio, agrietándola y perforándola, con la intención de *derribarlo o alterarlo gravemente*, actuaciones que, sin embargo, no son suficientes para que se produzcan finalmente el resultado deseado.

iii) Extracción del país de bienes del patrimonio cultural o su no retorno de conformidad con la autorización que le fue concedida

Se distingue dos conductas; *el extraer y el no retornarlos* de conformidad con la autorización concedida; hay que precisar qué, cuándo se manifiesta en la norma “el que extrae o comercializa”; no hay que interpretarla como si se tratase de una acción única; son dos acciones distintas, pero que se desarrollan casi conjuntamente. Por lo general la extracción de bienes culturales fuera del país es con fines de comercialización, es más, en ocasiones ya se efectuó la transacción cuando el bien sale del país, y tan solo se efectuará la entrega del bien, de ahí que ambos términos se encuentren juntos, y en efecto, la extracción y comercialización no siempre se encuentra a cargo de la misma persona; a veces, es uno quien lo extrae del país y un tercero la comercializa fuera. Se trata de ilícitos estrechamente relacionados, pero cada uno de implicancia diferente, a continuación expondremos la extracción y el no retorno:

- **La extracción del país de bienes culturales.** El verbo rector *extraer* consiste en *sacar, retirar*, siendo irrelevante el medio o la forma de su extracción²⁸¹; el agente extrae del país el bien del patrimonio cultural prehispánico con fines diversos. Al respecto la Ley del Patrimonio Cultural²⁸² peruano, prohíbe la salida del país de todo bien mueble integrante del patrimonio cultural de la nación, a excepción de lo señalado en su art. 34 que manifiesta que; se autoriza la salida del país de bienes

²⁸¹TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit., pp. 104 y s.

²⁸²Congreso de la República de Perú, Ley N° 28296 Nueva Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, del 21/07/04. art. 33 Prohibición de Salida.

culturales, mediante una resolución suprema, por motivos de exhibición científica, artística, cultural, estudios especializados y para fines de restauración.

Debemos interpretar que no es una actividad común y menos aún permitida la salida (extracción) del país de bienes culturales del patrimonio cultural; la vulneración de la norma se produce cuando se extrae el bien cultural sin contar con la autorización respectiva de la autoridad administrativa encargada; es decir, se trata de una infracción administrativa. Pero cuando la extracción tiene fines de comercialización del bien cultural, se afecta el plano penal, porque las transferencias conducen a la pérdida del bien cultural para la sociedad y sus sucesores. La norma administrativa (Ley 28296) según se anotó en el capítulo anterior, sólo permite la transferencia de bienes culturales en el interior del territorio nacional²⁸³, particularmente aquellos de propiedad de los entes privados, y siempre que los bienes culturales permanezcan en territorio nacional y se haga de conocimiento de la transferencia a las autoridades del Ministerio de Cultura.

Según nuestro parecer cuando la *extracción* de bienes para sacarlos fuera del país, se efectúa para fines establecidos por la norma o similares (exhibición científica, artística, cultural, estudios especializados y para fines de restauración de los bienes culturales), pero no cuenta con el requisito de la autorización respectiva, corresponde una sanción administrativa, porque solo se produjo una vulneración de un mandato administrativo. De comprobarse que la *extracción* tiene fines distintos a los establecidos en la norma, pero similares a la *comercialización* efectuada fuera del territorio nacional; se deberá sancionar penalmente, porque implica la pérdida del bien y grave afectación a su función social, que es brindar información permanente de nuestra historia y la que debe transmitirse a las generaciones futuras. Sin embargo, creemos que la sanción que se debe imponer, es por la comercialización o tráfico comercial de bienes culturales, con una pena que equipare al daño ocasionado; desde luego considerando la recuperación o pérdida del bien. Si la acción es individual o de un grupo organizado; esta conducta que puede concurrir con los delitos de hurto

²⁸³ Art. 9 Transferencia de bienes, Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

agravado y robo agravado²⁸⁴ en una cadena de acciones entonces, se dice que se hurta para sacar fuera del país.

La consumación en la *comercialización o extracción de bienes culturales*, se caracterizara no por la producción de un daño físico sobre el bien cultural, sino, en una afectación a la función social del bien, que implica una pérdida social del bien, de difícil restitución para la colectividad, constituye la pérdida de una página de nuestra historia. Sin embargo, si el agente no consigue sacar del territorio nacional los bienes culturales no autorizados o es intervenido por autoridad en el aeropuerto, podemos considerar una tentativa de extracción y una posible tentativa de tráfico de bienes culturales que ameritaría una mayor represión, la cual no se regula en nuestra legislación.

- El no retorno de los bienes culturales de conformidad con la autorización que le fue concedida.

Esta conducta se configura cuando el agente luego de extraer del país un bien cultural con autorización respectiva y excepcional, *no lo devuelve* u omite retornarlo, o retiene ilegalmente los bienes culturales precolombinos, extraídos de acuerdo con una autorización por un tiempo determinado. Según lo establecido por la ley²⁸⁵, las autorizaciones son por un término no mayor de un año, prorrogable por igual periodo. La extracción puede ser lícita deviniendo posteriormente en una omisión ilícita, cuando el sujeto activo no cumple con la obligación de retornarlo al país.

En la presente conducta la figura es diferente, se constituye en ilícito desde el instante en que no se retorna el bien cultural a su lugar de origen, conforme el vencimiento del plazo de la autorización otorgada, esto según la norma penal. La conducta recae sobre bienes de propiedad de la sociedad, que salen del país para un fin específico.

Según nuestra posición, se incurre en una infracción administrativa, siempre que el retorno se haga posterior a la fecha fijada para su retorno; pero si no se produce el retorno y mas bien ocurre la pérdida del bien cultural, corresponde su represión penal;

²⁸⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 268.

²⁸⁵ Art. 34 Excepciones de Salida, Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación.

además, si se produce una apropiación dolosa del bien cultural afectándose a su titular, al margen que éste sea comercializado a posteriori; se configura una nueva afectación a la función social del bien cultural y un ilícito penal la apropiación ilícita. Pero cabe la posibilidad que no se produzca el retorno por negligencia que ocasiono su pérdida material—una pérdida por hurto o robo, la destrucción del bien cultural—, de ser el caso, debe sumarse a la sanción administrativa el pago civil de una indemnización por la pérdida del bien.

iv) El comercio de bienes culturales.

Consiste en la *compra-venta de bienes culturales*, principalmente los muebles por la facilidad de su traslado, sin descartar el comercio de los inmuebles. Conforme se manifestó líneas arriba acorde con la Ley especial²⁸⁶, está permitida la transferencia de bienes culturales dentro del territorio nacional y con la salvedad de hacer de conocimiento de la autoridad respectiva bajo sanción de nulidad, además de establecerse otras medidas para la validez de la transacción. De manera que toda actividad distinta será considerada como una actividad ilícita, particularmente la relacionada con el comercio exterior que vincula a las dos anteriores conductas de extracción del país y no retorno de bienes culturales; en efecto, se extrae del país para ser comercializado, o concretar la conducta con la entrega del bien y, si no retorna es porque ya se concretó la venta del bien cultural, o existe intención.

Como ya lo expresamos, no existe una prohibición del comercio interior de bienes culturales. Cuando la norma reconoce la propiedad privada sobre dichos bienes, otorga facultades a sus propietarios, excepto la destrucción del bien cultural; pero, entre las potestades reconocidas, está la transferencia del bien cultural. La transacción será válida siempre que el propietario particular, conforme lo exige la norma administrativa haya registrado el bien cultural y se ponga en conocimiento del Ministerio de Cultura la transacción a efectuarse; la misma que también deberá registrarse; en tanto que si no existe registro del bien de propiedad privada debemos presumir que el bien es colectivo y la transacción es ilícita, porque no está permitida su transferencia.

²⁸⁶ Art. 9 de la Ley 28296, Ley general del Patrimonio Cultural de la Nación.

La conducta que sí se reprime, es el comercio exterior de bienes culturales, porque sólo se permite su salida con fines científicos, artísticos y educativos; de manera que nuestro país al igual que otras legislaciones²⁸⁷ reprime el comercio no autorizado de bienes culturales, en razón a que dichos bienes dejan de cumplir su función de difusión de su existencia y conocimiento como señala Trazegnée. Siendo que en el comercio ilícito de bienes culturales, tanto en el interno y con mayor razón en el externo, intervienen más de un agente, e inclusive hay que manifestar que algunos de los ilícitos (antes analizados) como la *exploración y excavación*, son el punto de partida para el comercio de bienes culturales.

La comercialización no autorizada, implica sacar el bien del territorio nacional y entregarlo a cambio de un justiprecio, lo que para algunos autores viene a ser uno de los más graves daños al patrimonio denominado como *tráfico ilícito*, sobre el cual se refiere que, constituye una pérdida sistemática y creciente de nuestra identidad como pueblo y como nación²⁸⁸. La estructura de cómo funciona este ilícito es como sigue: víctima — ladrón — intermediario — comprador final²⁸⁹.

Cuando los bienes culturales son robados o saqueados²⁹⁰, pasan a través de numerosas manos antes de llegar a su adquiriente final (consumidor), inicialmente se intenta extraer el bien dentro de las *veinticuatro horas*, es decir se intenta vender los bienes culturales a un intermediario, con lo cual se confirma en parte la teoría de que a menudo los robos²⁹¹ y saqueos se hacen previo pedido, es decir, que los bienes culturales son ofrecidos previamente en un mercado antes de haber sido sustraídos.

²⁸⁷ MAGÀN PERALES, José M., *La Circulación Ilícita de Bienes Culturales*. Edit. Lex Nova, España, 2001, pp. 68. El tráfico ilícito de bienes culturales es una actividad ilícita que después del narcotráfico, es el segundo negocio “sucio” a nivel mundial, con la dificultad adicional del “blanqueo de los bienes” a través de una cadena más o menos amplia de ventas y reventas, complicada a menudo mediante el traspaso de una o más fronteras nacionales.

²⁸⁸ RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, *Robo y tráfico de bienes culturales*, ob.cit., p. 12. Es uno de los principales problemas abordado por organismos internacionales del ámbito cultural.

²⁸⁹ RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, id., p. 28

²⁹⁰ MAGÀN PERALES, José M., *La Circulación Ilícita de Bienes Culturales*. Edit. Lex Nova, España, 2001, p. 73. Los exploradores o saqueadores, son el punto de partida de las transferencias ilícitas, los saqueadores son, por regla general, personas modestas para quienes los ingresos provenientes del pillaje son una forma de vida, la situación no se restringe en la actualidad a los Estados del tercer mundo. La situación de los ladrones de bienes culturales puede asimilarse a la de los saqueadores de zonas arqueológicas. Los ladrones amateurs roban objetos para sí mismos, no dando origen a tráfico alguno.

²⁹¹ MAGÀN PERALES, José M., *La Circulación Ilícita de Bienes Culturales*. Edit. Lex Nova, España, 2001, pp. 69 s.

En la conducta del comercio, encontramos también la figura del intermediario²⁹², quien revende el bien a otro intermediario o a un mercader, que se encarga de extraer el bien cultural del país; y entregar a un tercero que culmina el ciclo con la venta directa del bien cultural a un coleccionista²⁹³ o a un museo; hay que manifestar que en cada venta, se incrementa el valor monetario del bien cultural y se produce el denominado *blanqueo de bienes culturales*²⁹⁴, como consecuencia de la cadena de reventas.

Por último, los clientes o adquirientes finales de los bienes culturales, se dividen en dos grupos; los *museos y coleccionistas*²⁹⁵, siendo que la mayor parte de las compras se efectúa por coleccionistas, sean grandes, pequeños o intermediarios; también se anotan los grandes grupos industriales e instituciones análogas²⁹⁶. Cuando se consigue recuperar los bienes culturales de manos de los adquirientes, la figura delictiva a la cual se puede recurrir con la finalidad de sancionar es la *receptación*, la misma que es aplicable cuando el agente se encuentra en territorio nacional y se presume su conocimiento de las normas nacionales. En tanto que, cuando las transacciones se desarrollan en el exterior resulta más difícil por la cadena de transferencias que se

²⁹² MAGÀN PERALES, José M., *La Circulación Ilícita de Bienes Culturales*. Edit. Lex Nova, España, 2001, p. 86. Los intermediarios, entre los cuales hay que incluir a las casas de subastas, constituyen el nexo indispensable entre, por un lado, los expoliadores y, por otro, los grandes mercaderes o marchantes de arte, cuya misión es suministrar a museos y a coleccionistas de bienes culturales. Como agentes de los grandes mercaderes, estos intermediarios aseguran la exportación de los bienes culturales. Su acción reviste un carácter de contrabando, lo que sin duda explica porque permanecen siempre anónimos, su identidad es uno de los grandes secretos del tráfico ilícito de bienes culturales. El segundo grupo de intermediarios son personas que viajan al extranjero para vender los bienes culturales que han adquirido en su país o continente de origen. Tienen la posibilidad de obtener un mejor precio por los bienes culturales que ofrecen a los grandes mercaderes. Los intermediarios son directamente responsables de la exportación ilícita de los bienes culturales.

²⁹³ MAGÀN PERALES, José M., *La Circulación Ilícita de Bienes Culturales*. Edit. Lex Nova, España, 2001, p. 100. Para los coleccionistas, la adquisición de bienes culturales corresponde a menudo a un deseo de saciar la pasión por el arte, la actividad coleccionista no es percibida como una diversión ordinaria, sino como una fuente de enriquecimiento intelectual. Alonso Ibáñez manifiesta que se produce una “apetencia” de obras pertenecientes al patrimonio cultural. Toda colección confiere además, un gran prestigio a quien la detenta y es testimonio de su alto rango en la sociedad. Sin embargo, los coleccionistas compran a menudo los bienes culturales de buena fe, sin percatarse de su origen ilícito, si se da el caso, justifican sus adquisiciones por su preocupación en asegurar la preservación de la conservación de bienes culturales de los que nadie se encargaba en sus países de origen.

²⁹⁴ MAGÀN PERALES, José M., *La Circulación Ilícita de Bienes Culturales*. Edit. Lex Nova, España, 2001, p. 74. Los traficantes utilizan a menudo países de tránsito donde los bienes culturales pueden ser ocultados, blanqueados y posteriormente exportados de manera legal. Suiza es por excelencia uno de los pequeños países que sirve como centro de blanqueo. El mercader prefiere vender los bienes culturales por medio de casas de venta en pujas o subastas, a través de este tipo de ventas se exhibe la proveniencia de los bienes, otorgando una cobertura al adquiriente, a quien nadie podrá dirigirse por el mero hecho de efectuar una compra de buena fe, de unos objetos puestos a la venta del público.

²⁹⁵ MAGÀN PERALES, José M., *La Circulación Ilícita de Bienes Culturales*. Edit. Lex Nova, España, 2001, p. 100. Los coleccionistas que se reservan para sí la adquisición de bienes culturales, salvo préstamo ocasional para exhibiciones, adquieren las obras de arte gracias a su constancia y a su fortuna. Desde que los bienes culturales son considerados mercaderías, se introduce la noción de valor económico que, para el comprador, se expresa en términos de capacidad adquisitiva.

²⁹⁶ MAGÀN PERALES, José M., *La Circulación Ilícita de Bienes Culturales*. Edit. Lex Nova, España, 2001, p. 91.

producen en relación al bien cultural, alegándose para efectos de su impunidad la *adquisición de buena fe* y en ocasiones resultando imposible la recuperación del bien cultural para perjuicio de nuestra sociedad.

Podemos citar solo un ejemplo del comercio o más bien tráfico de bienes culturales, el año 2002²⁹⁷, fue robado el altar o retablo principal de la Iglesia San Pedro de Challapampa del Distrito de Juli, Departamento de Puno. En el año 2003 la Embajada peruana en los Estados Unidos informo que éste bien cultural fue ofrecido en venta vía internet. Luego de poner el hecho en conocimiento de las autoridades estadounidenses, el Servicio de Aduana de éste país recupero la reliquia. El altar fue repatriado el año 2006 y entregado al ex Instituto Nacional de Cultura. En la actualidad la pieza se encuentra nuevamente en la Iglesia de Challapampa; es sólo un ejemplo de muchos otros²⁹⁸; aunque, no todos los bienes culturales logran ser recuperados y retornados, de ahí la necesidad de que se tipifique el comercio de bienes culturales como un acto delictivo de mayor complejidad en la cual intervienen organizaciones internacionales y con métodos sofisticados porque las ventas se hacen por internet.

En conclusión, podemos indicar que el comercio ilícito de bienes culturales es el centro del tipo delictivo de éste ítem, y que su accionar y consecuencias es diferente a las conductas delictivas de alteración y destrucción de bienes culturales, en las que prevalece la afectación física sobre los bienes integrantes del patrimonio cultural, por lo que, inicialmente creemos que no deben estar comprendidas en el mismo tipo las conductas de alteración, destrucción y comercio. De otra parte, si la afectación al bien jurídico es diferente, la sanción penal debe ser diferente, inclusive debe entenderse que junto con el comercio intervienen otras acciones: el exportar, el no retornar, la receptación, inclusive desde la depredación de bienes culturales; y las mismas forman parte de ilícitos mayores como el tráfico de bienes culturales que no se tipifica en nuestro Código penal.

²⁹⁷http://nuevoportal.rree.gob.pe/politicaexterior/Documents/Recuperaciones_Emblematicas.pdf.

²⁹⁸ El año 2006 la policía española intervino en Santiago de Compostela un deposito conteniendo más de mil bienes culturales de origen prehispánico de diversos países latinoamericanos, de los cuales más de 200 piezas eran peruanas. Se repatrió en total 252 piezas incautadas a traficante internacional entre los años 2008 y 2010; entre las piezas destaca una de oro la “cabeza de mono”.
http://nuevoportal.rree.gob.pe/politicaexterior/Documents/Recuperaciones_Emblematicas.pdf.

2.1.4.2. Conductas de Omisión

En el segundo grupo de conductas la *omisión*, es imputada a “autoridades políticas, administrativas, aduaneras, municipales y miembros de las fuerzas armadas o de la policía nacional”. Es decir cuando se produce una trasgresión de la norma imperativa, que tiene el mandato de una determinada acción que no se cumple, se reprime *el no hacer*.

Los aludidos funcionarios al omitir los deberes de sus cargos, facilitan la comisión de los delitos en contra del patrimonio cultural. Para la admisión del delito de omisión²⁹⁹ —en los tipos delictivos contra del patrimonio cultural—, se debe exigir el requerimiento especial de un *deber jurídico del autor* que constituye el eje de la comisión por omisión y que lo coloca en una posición de garante. Pues, en la ley especial, refiere una obligación legal de todos aquellos que tengan disponibilidad material del bien mueble o inmueble, en nuestro caso *deberes de conservar, mantener y custodiar dichos bienes*.

En efecto para clarificar los deberes jurídicos, hay que remitirse a la norma especial, atendiendo al carácter de Ley penal en blanco; porque las obligaciones en relación al patrimonio cultural se encuentra precisada en el art. 31 de la Ley General del Patrimonio Cultural (Ley N° 28296), que en forma categórica dice: “Todo funcionario público tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para impedir la alteración, deterioro o destrucción de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación que se encuentren bajo su administración o custodia, el incumplimiento de la presente obligación acarreará responsabilidad administrativa, sin perjuicio de las acciones civiles y/o penales a que hubiere lugar”. Con esta norma se obliga a tomar medidas que impidan el atentado material contra los bienes culturales, sea que estén bajo *administración de funcionarios aduaneros, municipales*; debemos también comprender, aunque no lo señala la norma textualmente, a los funcionarios del INC (hoy Ministerio de Cultura), Archivo General de la Nación, Biblioteca Nacional, administradores de Museos; así como con la *labor de custodia* otorgada a *autoridades*

²⁹⁹ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 466 s.

policiales, militares, municipales o administrativas, en cuyas funciones cometen ilícitos.

Pero además, hay que precisar que la conducta del funcionario o servidor público que omite deberes dolosamente, no sólo puede ser con conocimiento e intención, destinada a facilitar la comisión delictiva, conforme la sanción fijada. La norma también reprime cuando el funcionario omite sus deberes *por culpa*, la cual advertimos debe ser una *culpa consiente*.

En la destrucción de bienes culturales (inmuebles) podrá verificarse, no sólo con un comportamiento activo, sino también, omitiendo voluntariamente los cuidados o reparaciones necesarias para el mantenimiento de aquél, dejando que se deteriore, y que finalmente resulte destruido el bien cultural³⁰⁰; por ejemplo, el no mantenimiento de las cubiertas o paredes de un inmueble cultural, permite que un inmueble se deteriore hasta su destrucción definitiva; ocurre también, cuando utilizan material o técnicas inadecuadas en su conservación o restauración, ocasionando la alteración de su estructura original y consiguientemente una lesión al bien cultural. En este grupo ubicamos a la conducta tipificada en el art. 229 del C.P.:

a) Intervención o facilitación de funcionarios públicos (art. 229 C.P.)

Art. 229 “Las autoridades políticas, administrativas, aduaneras, municipales y miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que, omitiendo los deberes de sus cargos, intervengan o faciliten la comisión de los delitos mencionados en este Capítulo (...)”.

Conforme adelantamos la conducta de los sujetos activos en calidad de funcionarios públicos, se produce por la comisión de delitos contra bienes del patrimonio cultural a través de la conducta de omisión de deberes; pues, las autoridades con obligaciones de *custodia, protección y resguardo*, según normas administrativas, omiten sus obligaciones y/o funciones, de manera que éste accionar omisivo contribuye o facilita los ilícitos culturales.

³⁰⁰GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 466.

Los atentados en los bienes culturales pueden presentarse en múltiples formas, la omisión se produce por ejemplo; cuando la autoridad municipal otorga autorización de construcción o remodelación de inmueble a sabiendas de que éste se encuentra en un área intangible y con presencia de bienes culturales. Es el caso de un proceso penal³⁰¹ que se inició en la ciudad del Cusco por el daño en la infraestructura física de un muro inca (Calle Loreto), en la cual se encuentran implicadas ex-autoridades regionales y municipales, quienes con su silencio fueron cómplices del supuesto hecho delictivo, porque aparentemente no supervisaron la ejecución de la obra, que inclusive a un principio se habría iniciado sin expediente técnico. Pues, la responsabilidad de las autoridades no sólo pasa por otorgar autorizaciones de construcción de cualquier tipo de obra, sino supervisar el desarrollo de las mismas y con mayor rigurosidad porque está de por medio la protección e intangibilidad de los bienes integrantes del patrimonio cultural.

Del análisis de las conductas típicas, observamos que algunas de estas normas son incompletas, o no son del todo claras, y para una mejor interpretación debemos recurrir a Leyes especiales que expliquen determinadas condiciones o conceptos que contengan la norma general, situación que es conocida por Carlos Binding como *leyes penales en blanco*³⁰².

Ahora bien, antes de manifestar si los delitos culturales son *leyes penales en blanco*, revisaremos algunos conceptos. En principio, se considera que es una técnica de remisión legislativa³⁰³, que sirve para completar la descripción de los tipos penales, o para precisar la conducta punible³⁰⁴; también es entendida como aquella disposición penal cuyo precepto es indeterminado en cuanto a su contenido, y en la que solamente

³⁰¹<http://www.radiouniversalcusco.com.pe/noticias/6515-se-inicio-juicio-contr-responsables-de-atentado-al-muro-inca-de-la-calle-loreto> (04/09/2012).

³⁰² PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho penal. Ed. Grijley, 3ra ed. Lima, 1999, pp. 259-260. El iniciador de las Leyes Penales en Blanco fue Binding, a las que denomino Blankettstrafgesetze, concebidas como aquellas cuya prohibición debía establecer una autoridad subalterna a la competente para dictar leyes. Una ordenanza o reglamento de rango inferior debía complementar la materia de la prohibición que no estaba en la ley penal de manera completa.

³⁰³ BUJAN PEREZ, Carlos Martínez, Derecho penal económico, Ed. Tirant lo blanch, España, 1998, p. 120. Las tres modalidades de remisión son: las leyes penales en blanco, los elementos normativos jurídicos y las cláusulas de autorización.

³⁰⁴ GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal económico. Parte general, Tomo I, ed. GRIJLEY, Lima, 2007, p. 145.

queda fijada con precisión la sanción³⁰⁵. Considerando estos conceptos, y analizando los tipos descritos en el Título VIII del C.P., encontramos condiciones indeterminadas.

La *primera* condición consiste en el requisito exigido por el precepto general de los art. 226 y 230 del C.P., pues, para que la conducta sea típica, debe efectuarse “sin autorización”; de acuerdo a este requisito, si la conducta no cuenta con la autorización respectiva, hay que remitirnos a normas especiales conocida como *ley penal en blanco impropia*³⁰⁶; es decir, remitirnos a: la Ley N° 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, el Reglamento de Investigaciones Arqueológicas, Rs. N° 004-2000-ED y el TUPA del Ministerio de Cultura D.S. N° 022-2002-ED, donde se establece los requisitos para la obtención de autorización para excavar, explorar terrenos con contenido cultural; para alterar o destruir bienes culturales; o para extraerlos del territorio nacional; la autorización consiste en el permiso otorgado por la autoridad respectiva (INC hoy Ministerio de Cultura), la que contendrá el tiempo por el cual se otorga, la actividad para la que se otorga permiso, y consecuentemente cuando se vulnera y revoca la misma, entre otros aspectos que debe conocer el magistrado para efectos de tipificar la conducta.

La *segunda condición* contenida en el precepto general que requiere mayor explicación, está referida en el art. 230 del C.P. cuando expresa que se constituirá en conducta típica cuando recaiga sobre “bienes culturales previamente declarados como tales”, condición que se encuentra establecida en normas extrapenales, por tanto, los bienes culturales distintos a los de la época prehispánica para ser declarados patrimonio cultural de la nación, deben seguir un trámite ante la autoridad administrativa de los bienes culturales, la misma que deberá otorgar un certificado que declare la condición del bien cultural.

³⁰⁵BRAMONT ARIAS, Luis A., Derecho penal. Parte general, ed. Vilock S.A., Lima, Perú, 1972, p.126.

³⁰⁶GARCIA CAVERO, ob.cit., pp. 146-147. Ahora bien, de forma general la remisión se puede hacer a instancias inferiores a la ley (conocida como ley penal en blanco propia), o puede hacerse a normas extra penales que poseen el rango de ley (conocido como ley penal en blanco impropia). En las leyes penales en blanco impropias la remisión se hace a otras leyes de igual rango (leyes especiales), estas no representan una infracción del principio de legalidad en el sentido de distribución de poder, porque tanto la ley penal como la ley especial complementaria están expedidas por el legislativo. En las leyes penales en blanco propias la remisión se hace a disposiciones administrativas, lo que si es duramente criticable, por dejar en manos de la administración la decisión del carácter penalmente prohibido de una conducta típica.

De manera que, para la tipificación correcta de la conducta ilícita contra el patrimonio cultural, los magistrados deben remitirse a la *norma especial*, a fin de conocer en qué consiste la autorización, así como saber quién otorga la autorización o quién la declara; el tiempo por el cual se otorga y con qué límites cuenta; y, en el caso de los bienes posthispánicos que se encuentran declarados, debemos revisar la norma que la declara, hay que informarse sobre las prohibiciones que recaen sobre estos bienes declarados patrimonio cultural; asimismo, cuál es el tratamiento de los bienes prehispánicos, entre otros aspectos; para establecer si se cometió uno o más ilícitos en contra del patrimonio cultural.

El mismo concepto, “bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación”, deben ordinariamente ser llenados por otras disposiciones legales, decretos o reglamentos a los cuales tiene que remitirse la ley penal. Estos decretos o reglamentos son en el fondo, los que fijan la ilicitud sancionada, ya que en la ley penal, la conducta delictiva solamente está determinada de una manera genérica. En efecto, para el caso específico de los tipos que regulan los ilícitos contra los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, que además cita como condición el término “sin autorización” y “previamente declarados”, necesitan una explicación más amplia para determinar si la conducta es lícita o ilícita, si es dolosa o culposa según se cuente con la autorización o se carezca de ésta.

De esta forma concluimos que la norma típica operada no se cierra en el propio precepto penal, sino que, queda abierta, pendiente de lo que disponga una normativa ajena que recibe la denominación: *Ley penal en blanco*³⁰⁷.

Para Enrique Bacigalupo³⁰⁸, la *ley penal en blanco* se entiende cuando: *la prohibición o el mandato de acción*, se encuentran en disposiciones distintas a la ley que contiene

³⁰⁷ BLANCO LOZANO, Tratado de derecho Penal español, ob.cit., p. 147.
<http://site.ebrary.com/lib/bibliotecapucpsp/docprint>.

³⁰⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La Problemática Constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el derecho penal económico”. En: Derecho penal económico. Editor: Enrique Bacigalupo, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, pp. 53-64. Por su parte el Tribunal Supremo ha afirmado que “*son leyes penales en blanco aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima*”; a su vez, el TC ha dicho que es compatible con la Constitución “la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para la conducta calificada de delictiva, quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

la amenaza penal; y se recurre, a esta ley especial para complementar la ley penal. De acuerdo a esta concepción, deducimos que los tipos penales contenidos en los art. 226, 228, 229 y 230 del C.P., son *leyes penales en blanco*³⁰⁹, porque contienen mandatos y prohibiciones incompletos.

Pues, el magistrado para tipificar si la conducta es penal, debe tener previamente la certeza acerca de la autorización, revisar las normas que disponen la autorización respectiva, que está contenida en la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación (Ley N° 28296), en el TUPA del Ministerio de Cultura (D.S. N° 022-2002-ED) y en el Reglamento de Investigaciones Arqueológicas (Rs. N° 004-2000-ED); las que definen los tramites y contenido de la *autorización para: asentarse o depredar bienes culturales inmuebles prehispánicos* (art. 226 C.P.); o para *destruir, alterar, extraer del país, comercializar o no retornar al país los bienes del patrimonio cultural prehispánico* “de conformidad con la autorización concedida”(art. 228 C.P.); y finalmente, para *destruir, alterar, extraer del país, o comercializar o no retornar al país sin autorización*, “bienes culturales previamente declarados como tales” distintos a los de la época prehispánica (art. 230 C.P.); mención especial ocurre con el art. 229 C.P. en el cual se reprime la conducta omisiva de los deberes de los funcionarios y servidores públicos, debiendo remitirnos forzosamente a normas extrapenales en las que se establezca sus responsabilidades. Evidentemente cada conducta tiene una autorización diferente, la misma que se detalla en normas especiales de forma más específica, las que cubrirán el vacío de la norma penal, autorización que dependerá del tipo de bien mueble o inmueble, y de la acción que se desea desplegar sobre el bien, autorizaciones que deben ser correlativas con la finalidad de la norma penal y administrativa, consistente en la preservación y protección del patrimonio cultural de la nación.

³⁰⁹MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito), 3 ed. PPU, Barcelona, España, 1990, p. 39. Se habla de leyes penales en blanco para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan de la forma indicada el contenido del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos encargados de rellenar aquel vacío.

2.2. CONTENIDO DEL TIPO SUBJETIVO

Según se adelantó, la mayoría de las conductas delictivas de la norma penal analizadas son dolosas³¹⁰; quiere decir, que el sujeto conoce y quiere realizar todos los elementos pertenecientes al tipo penal. Es más, el propio Código penal, manifiesta que la comisión en los ilícitos culturales, se produce, *siempre que el agente conozca el carácter de patrimonio cultural del bien* (art. 226 del C.P.); que viene a ser la existencia de un conocimiento respecto de la condición y el valor cultural del bien a lesionar.

El conocimiento que la norma hace referencia es un *elemento normativo del tipo* conforme lo adelantamos líneas arriba; pues, la condición de patrimonio cultural de un bien, no está descrito en la norma penal y no es un elemento que de forma sólida se pueda percibir sensorialmente es mucho más complejo; porque, necesitamos recurrir a la norma especial Ley N° 28296, en la cual se define las características de dichos bienes (Ley Penal en Blanco), con las cuales el juez³¹¹ tipificara de mejor forma la conducta del autor.

En ese sentido la agresión a bienes históricos requiere de una conciencia previa del agente, cuando menos aproximada del valor histórico o historiográfico y de la importancia social que guardan los bienes del patrimonio cultural para la colectividad; sobre el mismo tema la jurisprudencia española³¹² se pronunció indicando, que a la hora de valorar los bienes dañados por el agresor, el *dolo* exigible, es el llamado *dolo de consecuencias necesarias*; es decir, aquel en el que el agente tiene un conocimiento certero de la realización del tipo y, bastará que el autor conozca el alcance de su conducta y la agresión al acervo cultural de la colectividad, para que tenga lugar la consumación de delito doloso. De manera que, podemos resumir en dos los tipos de conocimiento: el primero un conocimiento mínimo o aproximado del valor cultural de los bienes y, el segundo un conocimiento certero o absoluto; si bien

³¹⁰ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 520. El *dolo* es entendido como el conocimiento y conciencia de todos los elementos del tipo, conocimiento de la significancia antijurídica del hecho, y la voluntad de realizar el tipo.

³¹¹ GARCÍA CAVERO, Percy, Lecciones de Derecho penal. Parte General, Ed. Grijley, Perú, 2008, p. 404.

³¹² GARCIA CALDERON, Jesús María, "La protección penal del patrimonio arqueológico", en Revista: Patrimonio Cultural y Derecho N° 7, 2003, Edic. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, p. 110.

es cierto que la norma penal refiere una condición —*siempre que el agente conozca el carácter de patrimonio cultural del bien*— la norma no establece el tipo de conocimiento que debe tener el agente al momento de la comisión del ilícito; pues, nuestra posición es que bastará el conocimiento mínimo de la condición del bien cultural para considerar que existe dolo en la conducta ilícita.

El conocimiento mínimo que sugerimos, es que, debe exigirse al sujeto activo sobre los bienes del patrimonio cultura; en algunos casos, puede percibirse sensorialmente por los actores del delito —dependiendo de circunstancias y condiciones especiales que concurren en la realización del hecho delictivo—, como ejemplo podemos mencionar el caso de inmuebles que presentan evidentes elementos estructurales de construcción prehispánica, o bienes que se encuentran ubicados en zonas adyacentes a centros o zonas arqueológicas; en estos casos bastará la percepción sensorial para tener conciencia de que el bien inmueble al que hacemos referencia es parte integrante del patrimonio cultural. Sin embargo, la percepción sensorial no es el medio idóneo y suficiente para imputar el dolo al autor; porque, sobre todo para el juez³¹³ no es fácil constatar este tipo de conocimiento y peor aún la existencia de aspectos típicos relevantes de la comisión del hecho delictivo; de manera que sólo queda recurrir al criterio normativo y buscar datos objetivos como el desempeño de roles del autor desde su rol general de ciudadano, la determinación de lo que el autor conoció y puede conocer sensorialmente —las capacidades normales de percepción que hacen del sujeto una persona responsable—, las circunstancias personales y otros, que permitan acreditar la existencia previa de un conocimiento mínimo de la condición especial de patrimonio cultural del bien lesionado.

Algunos autores manifiestan³¹⁴, que para sancionar como *conducta dolosa*, basta la existencia de intención de parte del sujeto activo de destruir o alterar gravemente el bien cultural protegido, por cualquier razón (urbanística, lucrativo, de necesidad básica, etc.); pero, la voluntad no es suficiente. Para la autora española Guisasola³¹⁵ el delito está previsto para quien dirige su conducta a derribar o alterar gravemente un *bien cultural protegido*, con independencia de la actitud, los móviles o fines que lo

³¹³GARCÍA CAVERO, Percy, Lecciones de Derecho penal. Parte General, Ed. Grijley, Perú, 2008, pp. 404ss.

³¹⁴ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 515.

³¹⁵ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 517.

han guiado; pues, no se exige la presencia de un elemento subjetivo del tipo penal para dotar de relevancia penal a la conducta; manifestación con la cual no concordamos. En nuestra opinión y siguiendo la doctrina nacional, la sanción vendrá cuando se compruebe la concurrencia de los elementos del tipo (objetivo y subjetivo); es decir, que exista un conocimiento por lo menos precario de la condición y valor cultural de los bienes culturales dañados; pero además, comprobar la existencia de la intención o no (voluntad) de cometer el ilícito o de seguir una conducta riesgosa para el bien cultural; porque, no olvidemos que no es suficiente la lesión a los bienes culturales, pues, según el art. VII del Título Preliminar del C.P. (segunda parte), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Siendo así, que los tipos comprendidos en el Título VIII, son eminentemente dolosos, veamos: *a) Mediante el dolo directo*, en el que existe la intención de dañar el patrimonio cultural, y que implica que los agentes tienen que conocer la condición de bien cultural y de su valor cultural, así como del significado antijurídico de su destrucción o alteración y, les asiste la voluntariedad para llevar a cabo la conducta ilícita. Por ejemplo, las agresiones efectuadas por personas que forman parte de delegaciones que se encuentran en una visita turística guiada a un centro histórico y/o cultural; donde no se puede alegar desconocimiento de la condición del bien cultural y tampoco se pueda justificar las agresiones a los bienes culturales, que evidentemente se efectuaran con la intención de dañar el bien cultural o parte de éste. *b) Mediante el dolo eventual*, cuando el agente se representa el resultado delictivo, y prosigue con la conducta, confiando en su pericia o técnica; el sujeto conoce la categoría de bien cultural y aunque no tiene la intención de lesionarlo realiza la acción de riesgo. Constituye un desagradable ejemplo, la afectación producida al *Reloj Solar (Intiwatana)*, ubicado en el Centro Arqueológico de Machupicchu, —algunos años atrás—, durante la producción de un spot publicitario, en el que se maniobraba una grúa armable de regular tamaño, con el que se lesionó el bien antes indicado, situación en la que no hubo intención, pero el riesgo y la amenaza del instrumento sobre la estructura del bien cultural existió permanentemente, pero se confió en la pericia y técnica del obrero, a quien se le escapó de las manos y tuvo como resultado la lesión física de parte de la estructura del *Reloj Solar*.

En la imputación del injusto penal no basta la sola infracción objetiva de la norma, sino que se requiere además imputar el conocimiento suficiente en la defraudación del autor³¹⁶; conocimiento que habrá, siempre y cuando el autor no haya obrado con error o ignorancia respecto de algunos de los elementos del tipo objetivo que puede terminar afectando también la voluntad.

Pues, ocurre en ocasiones que, los agentes pueden tener la certeza —errada— de que el bien cultural en su posesión no cuenta con ningún valor cultural de manera que su conducta se tornará en otra dirección. Citemos el caso de un sujeto que compra un producto artesanal de retorno a su domicilio —bien que resulta ser una pieza cerámica de la época prehispánica y como tal constituye patrimonio cultural de la nación—; sin embargo, el sujeto cree que se trata de una réplica contemporánea de un bien cultural con función decorativa, consecuentemente se produce un error —el conocimiento del sujeto y la realidad no coinciden—, las discrepancias entre la realidad objetiva y el conocimiento puede deberse a que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia, error negativo) o tiene una representación falsa de la realidad (equivocación, error positivo)³¹⁷, en el caso específico se trata de un conocimiento errado por equivocación. En éste caso para imputar la adquisición ilícita de bienes culturales, —delito de receptación art. 194 C.P.—, habrá que considerarse la condición del agente como si se tratase de un sujeto común, que no tiene conocimientos especializados de arqueología e historia que permitan advertir la real naturaleza del bien adquirido, considerar el lugar de la adquisición³¹⁸, sus actividades diarias y otros. En todo caso, deberá atestigüarse la ausencia del *dolo*, si el autor ignora algunos o todos los elementos del tipo objetivo, cuando esto sucede, estamos frente a un error sobre el tipo, y no es otra cosa que un error sobre los elementos constitutivos del tipo legal³¹⁹, de manera que, no existe ilícito o pueda que éste no sea doloso.

³¹⁶GARCÍA CAVERO, Percy, Lecciones de Derecho penal. Parte General, Ed. Grijley, Perú, 2008, p. 423.

³¹⁷DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, El Error sobre elementos normativos del tipo penal, ed. Graficas Muriel S.A., Madrid, España, 2008, p.140.

³¹⁸El lugar donde el agente se procura del bien del patrimonio cultural puede contribuir a determinar si el hecho constituye un ilícito, puede tratarse de una tienda de artesanía moderna, un mercado artesanal público, un lugar donde venden objetos de dudosa procedencia, o haber adquirido en la calle a un sujeto.

³¹⁹PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general, 3ra ed., Edit. Grijley, Perú, 1999, pp. 372s.

El *error de tipo* recae sobre un elemento objetivo del tipo, el sujeto piensa que está realizando un hecho lícito, atípico —es el caso de la adquisición de una pieza artística contemporánea—, pero objetivamente ha realizado un tipo penal —adquirió una pieza del patrimonio cultural de procedencia delictuosa (sustraído de un museo), hecho anterior que desconocía—. Conforme señala el profesor Santiago Mir Puig³²⁰, si el dolo requiere ‘el conocer y el querer’ en la realización del tipo de injusto, la concurrencia del *error* determina su ausencia, suponiendo el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto; en el caso del ejemplo existe desconocimiento de la condición de patrimonio cultural del bien.

Si el autor tiene una falsa representación de un elemento del tipo objetivo —error— o directamente ignora su existencia, faltará el conocimiento de los elementos del tipo objetivo; paralelamente a esa situación, desaparecerá la voluntad de realización del tipo, pues como consecuencia del error, el autor no puede haber tenido voluntad de realizar un hecho que no es el delito según su conocimiento —un ejemplo claro es sobre el sujeto, que no sabe que dispara sobre otro, porque lo ha confundido en la oscuridad con un animal, tampoco tiene conocimiento del peligro concreto de matar a otro³²¹—. En el caso de nuestro tema, si el sujeto desconoce que el bien que adquirió es una pieza cultural original, porque no tiene los medios necesarios para saberlo; no se le puede imputar la intención de adquirir piezas culturales robadas; consecuentemente si no hay conocimiento, tampoco puede haber voluntad en la comisión del hecho delictivo, tornándose en atípico. Pero, en caso el sujeto hubiese tenido la mínima posibilidad de conocer la procedencia ilícita del bien y su condición especial, la situación variaría y entonces la conducta podría ser reprimida como culposa. Situaciones que se conoce como error de tipo vencible y error de tipo invencible.

El error del tipo para producirse³²², requiere que el agente no tenga pleno conocimiento del hecho, ni del conjunto de circunstancias tenidas en cuenta por el

³²⁰BRAMONT-ARIAS, Torres Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra edición, Lima, Perú, 2005, pp.209s.

³²¹BACIGALUPO, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, ed. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1994, pp. 89s.

³²²HURTADO POZO, José, Manual de Derecho penal. Parte general, 30 ediciones, Edit. PUCP, Grijley y Universidad de Friburgo Suiza, pp. 649-684.

legislador al elaborar el tipo legal objetivo. El desconocimiento o error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo —el bien jurídico, los sujetos, la relación de causalidad, la imputación objetiva, los elementos descriptivos y elementos normativos—, excluye el dolo.

En caso se produzca una total exclusión del *dolo*, estaríamos hablando del llamado *error invencible* que se presenta cuando no se hubiese logrado evitar ni aún aplicando la diligencia debida (error no imprudente) —porque, como señala Jescheck—, no existe el conocimiento de todos o algunos de los elementos del tipo objetivo; por lo que debemos agregar que se excluye también la imprudencia. La exclusión tanto del dolo como la imprudencia, dará lugar a la impunidad³²³ de la conducta realizada y el sujeto queda exento de responsabilidad³²⁴; porque, en el sistema moderno únicamente se reprime los tipos dolosos o culposos. Hay que considerar las circunstancias culturales y sociales y otras del individuo.

En el caso de ser un *error vencible*, en el que se excluye el dolo, subsiste el tipo objetivo del injusto imprudente, porque, en la conducta del agente pudo evitarse el error si hubiese actuado con diligencia y observando el debido cuidado (error imprudente); de manera que, se elimina el dolo pero subsiste la culpa y será sancionado como delito culposo siempre que esté contemplado por el Código penal³²⁵ —de acuerdo con el art. 14, primer párrafo del CP—, como un delito culposo siempre y cuando la conducta en cuestión se sancione también a título de culpa³²⁶. Aclaremos que la determinación del cuidado exigido, debe hacerse en función de la capacidad individual en las circunstancias concretas de la acción, circunstancias del hecho y las personales del autor.

³²³MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito), 3 ed. PPU, Barcelona, España, 1990, pp. 268s.

³²⁴BRAMONT-ARIAS, Torres Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra edición, Lima, Perú, 2005, pp.209s.

³²⁵BRAMONT-ARIAS, Torres Luis Miguel, Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ra edición, Lima, Perú, 2005, pp. 209s.

³²⁶GARCÍA CAVERO, Percy, Lecciones de Derecho penal. Parte General, Ed. Grijley, Perú, 2008, p. 427.

El Título VIII del C.P., observa la exigencia de la “conciencia”, textualmente la norma señala: “siempre que conozca el carácter de patrimonio cultural del bien” (art. 226 C.P.), de manera que en la comisión del los ilícitos culturales es fundamental que el agente tenga conocimiento de que el bien que va a lesionar (por dolo directo o dolo eventual) tiene un valor cultural y social, y consecuentemente su conducta constituye un ilícito, lo contrario es un hecho atípico.

2.3.CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Del análisis de los tipos penales advertimos que los atentados contra los bienes del patrimonio cultural son parciales o totales y, pueden llegar a destruir, desaparecer físicamente el bien o afectar su función social, sin embargo existen causas relevantes que justifican acciones delictivas como la destrucción, deterioro, alteración, lesión o daño contra los bienes del patrimonio cultural de la nación, aunque son pocas, permiten que las conductas atentatorias no sean sancionadas penalmente, entre estas causas está: el *estado de necesidad*, el *cumplimiento de un deber* y excepcionalmente, el *ejercicio de un derecho*.

2.3.1.Estado de necesidad. A través de ésta causa de justificación, el ordenamiento jurídico permite llevar a cabo las acciones idóneas para salvar el *bien de una entidad mayor*, en detrimento del *bien de entidad menor*. Es el supuesto de una declaración de ruina, de un inmueble cultural singularmente protegido o declarado expresamente; que además, cumple la función de vivienda, cuyo derribo autorizado o no autorizado al ser inminente, se lleva a cabo, por constituir un peligro para la integridad física de las personas que la habitan y, aún para las que transitan por sus alrededores. La demolición se justifica por su estado de necesidad, porque la vida y seguridad de las personas es un bien jurídico de entidad mayor, que debe primar sobre el bien jurídico patrimonio cultural; entonces, en el caso que hubiese autorización para el derribo la conducta es atípica. La ruina inminente produce una situación de deterioro físico del edificio y crea un estado de inseguridad, peligro real para las personas, que es lo que

realmente conduce a su demolición³²⁷. Se sacrifica el bien cultural, por preservar la vida e integridad de las personas físicas.

2.3.2. Cumplimiento de un deber. Es cuando la orden del superior no aparezca manifiestamente como antijurídica, y ante la duda, el inferior la cumple. Como ejemplo, podemos citar: los casos de construcciones públicas y/o privadas efectuadas sobre terrenos o inmuebles con presencia de bienes culturales. En este caso donde los obreros acatan ordenes para realizar trabajos de construcción —que podrían afectar el patrimonio cultural—, sin desconocer la condición del bien cultural, pero sin desconocer la existencia de una autorización, o finalmente crean que ésta existe. Pero como es lógico los trabajos son producto de órdenes superiores, en ese caso es justificable el ilícito por cumplimiento del deber, y más bien la responsabilidad se traslada a la entidad o persona que ordena la obra.

2.3.3. El ejercicio legítimo de un derecho. Es el caso del consentimiento del propietario del bien cultural, que debiera ser suficiente para que un tercero derribe o altere dicho bien, tendría eficacia justificante; pero, en el ámbito del patrimonio cultural, donde el bien jurídico es colectivo —como ya se anotó anteriormente—; no opera el consentimiento del titular si se trata de actuar en perjuicio de la función social de los bienes, como un efecto liberador³²⁸; en vista de que no disfruta de todas sus facultades de propietario, particularmente la destrucción y es muy restringida la potestad de alterar el bien, porque debe solicitar un permiso a autoridades del Ministerio de Cultura. Razón por la cual, el ejercicio legítimo de un derecho no es causa justificante para una alteración o destrucción de bienes culturales.

2.4. SANCIONES PENALES

En la legislación penal, existen tres tipos de sanciones: *la privación de libertad, la multa y la inhabilitación*, una más severa que otra. Nuestro interés es establecer cuán efectiva pueden ser en la protección penal de los bienes culturales.

³²⁷GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 518 s.

³²⁸GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 520.

2.4.1. Privación de la libertad

Como bien sabemos esta sanción es propia de las personas naturales, implica la pérdida de la libertad ambulatoria, obligando al sujeto infractor a permanecer en un establecimiento carcelario cerrado³²⁹ por un tiempo determinado.

En los delitos contra el patrimonio cultural, todas las conductas ilícitas descritas —sin excepción en la norma penal, contienen éste precepto como sanción principal; señalando penas que fluctúan en un promedio de tres a seis años, tratándose de conductas desplegadas por sujetos comunes, y en el caso de personas con cualificación especial (funcionarios públicos), las penas se agravan entre tres y ocho años.

Sin embargo hay que manifestar que no existe una proporcionalidad entre las penas establecidas y las conductas descritas, puesto que, parece existir un exceso en la sanción penal para ciertas conductas, tanto es así, que inclusive en el caso de las conductas ilícitas de los funcionarios o servidores públicos está comprendida como un tipo especial; cuando mas bien debiera constituir una agravante. Pero veamos cada uno de los tipos:

- En el art. 226 C.P., textualmente dice; se reprime al que se “*asienta, depreda o el que, sin autorización, explora, excava o remueve monumentos arqueológicos prehispánicos...*”, se señala que la pena de privación de libertad a imponerse es entre *tres a seis años*, tratándose de sujetos comunes; y, si la conducta la comete un funcionario, en aplicación del art. 229 la penalidad es la misma, *tres a seis años*.

Analizando esta última parte, encontramos el primer caso de desproporcionalidad, porque el funcionario o servidor público tiene el carácter de sujeto especial, puesto que está sujeto a normas que advierten sus labores y obligaciones; no puede alegar desconocimiento o ignorancia de la condición del bien, como sí podría hacerlo un sujeto común; por ésta razón su pena no puede ser igual al que se impondrá a un sujeto común.

³²⁹VILLA STEIN, Javier, Derecho penal. Parte general, Edit. San Marcos, Perú, 2001, p. 454.

En segundo lugar, según algunos autores y nuestra opinión, las conductas más graves de este tipo, y las que realmente ameritan esta pena como última medida, son; las conductas típicas del *asentamiento* y la *depredación*, siempre que ocasionen alteración grave o destrucción de los bienes culturales; y, dependiendo de su gravedad la pena debiera ser similar a la fijada en el art. 228 C.P. por tratarse de conductas de similar gravedad. En tanto que, las tres restantes conductas — exploración, excavación o remoción—, para nosotros constituye una infracción administrativa (constituyen mas bien parte de), por lo que no siempre su ejecución ocasiona daño, y a veces ni se produce el contacto con los bienes culturales; pero cuando se trata de acciones que forman parte de actividades más complejas desarrolladas por organizaciones delictivas, la sanción debiera agravarse y hasta tal vez, sancionase con privación de libertad.

- En el art. 227 C.P., se establece sanción para “El que *promueve, organiza, financia o dirige* grupos de personas para la comisión de los delitos previstos en el artículo 226...” y las penas son entre *tres y ocho años*. Como se analizó en líneas más arriba, esta conducta es efectuada por sujetos que actúan en calidad de cómplices de los hechos delictivos del art. 226 C.P.; en todo caso, este tipo mas bien debiera constituir una circunstancia agravante del tipo. Pero lo que sí es lamentable, es que se sancione únicamente cuando el ilícito recae sobre acciones en contra del *patrimonio cultural prehispánico* y, se deje de lado cuando se *promueve, organiza, financia o dirige* acciones en contra del *patrimonio cultural posthispánico*.
- El art. 228 C.P., señala: “El que *destruye, altera, extrae del país o comercializa* bienes del patrimonio cultural prehispánico o *no los retorna* de conformidad con la autorización que le fue concedida, (...). En el caso que el agente sea un *funcionario o servidor público* con deberes de custodia de los bienes, (...)”; en este tipo se distingue dos grupos; para el *primer grupo* que implica a sujetos comunes, la pena es de *tres a ocho años* y, el *segundo grupo* dirigido a sujetos cualificados (*funcionario o servidor público*), la pena es de *cinco a diez años*.

Hay que destacar que de todo el capítulo, este tipo es el único que comprende la agravante de forma expresa. Por otra parte, respecto a este tipo consideramos que, tratándose de las figuras que más afectan o causan daño al patrimonio cultural, sí

amerita una reacción punitiva de parte del Estado. Ahora, en cuanto a la agravante fijada, hay que manifestar que resulta contradictoria y confusa con lo establecido en el art. 229 C.P. que sanciona a sujetos cualificados que cometan conductas del capítulo único, con penas entre tres y seis años, que es similar a la impuesta en las figuras básicas del art. 226 C.P..

- El art. 229 C.P. a la letra dice: “Las autoridades políticas, administrativas, aduaneras, municipales y miembros de las fuerzas armadas o de la policía nacional que, *omitiendo los deberes de sus cargos, intervengan o faciliten la comisión de los delitos mencionados en este capítulo(...)*. Si el agente obró por culpa...”. Conforme adelantamos, la privación de libertad entre *tres y seis años* en el caso de la conducta de omisión de deberes de los funcionarios o servidores públicos —descrita en este artículo—, resulta hasta beneficiosa, porque la pena máxima impuesta a un sujeto común por atentar contra el patrimonio cultural según este capítulo es de ocho años (art. 228 C.P.); entonces, en la omisión de deberes se produce una reducción de la pena para los sujetos que cometen ilícitos contra el patrimonio cultural en calidad de garantes de los propios bienes culturales.

La conducta del art. 229 C.P. mas bien constituye una agravante para cualquiera de los tipos señalados en el capítulo de delitos culturales; pero lo establecido en este artículo difiere de la agravante del segundo párrafo del art. 228 C.P. que dispone una pena de *cinco a diez años* para funcionarios o servidores públicos con deberes de custodia. Pues, estamos ante tipos especiales impropios³³⁰, donde el tipo lo puede realizar cualquiera y además, personas especialmente calificadas (funcionarios o servidores públicos) en cuyo caso se debe agravar la consecuencia jurídica, como ocurre con otros delitos donde la condición del agente y su particular relación que tiene con el bien constituye una circunstancia agravante del ilícito.

- Finalmente el art. 230 C.P. señala; “El que *destruye, altera, extrae del país o comercializa*, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o *no los retorna* al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, (...)”, la penalidad que se

³³⁰VILLA STEIN, Javier, Derecho penal, ob.cit., p. 212.

imponer es de *dos a cinco años*. Con referencia a este punto, debemos observar que comprende la penalidad más baja de todo el capítulo, abarcando conductas que resultan iguales o aún más importantes en la pérdida del patrimonio cultural — como es el caso de la destrucción y alteración— de bienes posthispánicos. El tipo resulta también controvertido porque, la conducta es similar a la del art. 228 C.P., pero la pena es menor y no contempla la circunstancia agravante de tratarse de agentes cualificados.

En conclusión, la pena privativa de libertad establecida para algunas conductas delictivas en contra del patrimonio cultural, si bien es cierto, que resultan desproporcionales y contradictorias, e inclusive arbitrarias; consideramos que son necesarias en situaciones que en efecto producen graves afectaciones al patrimonio cultural; en caso de alteración considerable a su estructura física que difícilmente sea reconstruida, o cuando está de por medio una destrucción o una extracción del país de bienes del patrimonio cultural. Estas situaciones justifican la intervención del derecho penal como medio idóneo para reprimir estos comportamientos, por la intensidad de la afectación en el bien jurídico.

Sin embargo, dichas sanciones no podemos dejar de compararlas con las fijadas en otros tipos penales que reprimen ilícitos contra los bienes culturales, que contienen circunstancias agravantes; cuyas sanciones resultan exorbitantes en relación a las establecidas en el capítulo de delitos contra el patrimonio cultural. Un ejemplo claro son los tipos comprendidos en los delitos patrimoniales, específicamente el hurto agravado que tiene una penalidad de *cuatro a ocho años* por la sustracción material del bien; y, el caso del robo agravado su penalidad es aún mayor de *doce a veinte años*, e inclusive en un segundo grupo de agravantes por robo agravado se fija una penalidad entre *veinte a treinta años* de privación de libertad, conductas que analizaremos más adelante. Pero lo que hay que destacar es que estos delitos patrimoniales conservan la intangibilidad física del bien cultural, por eso no son nocivos al patrimonio cultural, salvo cuando se extraen del país y dejan de cumplir su función cultural, pero de aún viable su recuperación; sin embargo, la penalidad es exagerada, frente a ilícitos en los que se destruye el bien cultural y se sanciona con sólo seis años.

2.4.2. Multa

La pena pecuniaria que se impone en estos delitos es acumulativa a la pena principal (privación de libertad), la misma que se establece de la siguiente forma:

- Para las conductas del art. 226 C.P. “*asienta, depreda o el que, sin autorización, explora, excava o remueve monumentos arqueológicos prehispánicos...*”, se sanciona con *ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa*.
- El art. 227 C.P. “El que *promueve, organiza, financia o dirige* grupos de personas para la comisión de los delitos previstos en el artículo 226...”, recibe *ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa*; es una de las penas pecuniarias más altas.
- El art. 228 C.P. “El que *destruye, altera, extrae del país o comercializa* bienes del patrimonio cultural prehispánico o *no los retorna* de conformidad con la autorización que le fue concedida, (...)”, para el caso de sujetos particulares, se establece *ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa*, está entre las penalidades pecuniarias más altas.
- El art. 229 C.P. dice: “Las autoridades políticas, administrativas, aduaneras, municipales y miembros de las fuerzas armadas o de la policía nacional que, *omitiendo los deberes de sus cargos, intervengan o faciliten la comisión de los delitos mencionados en este capítulo(...)*”, se fija con *treinta a noventa días-multa*, constituyendo esta pena pecuniaria la más baja en este capítulo de delitos contra los bienes culturales.
- El art. 230 C.P. “El que *destruye, altera, extrae del país o comercializa*, sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o *no los retorna* al país de conformidad con la autorización que le fue concedida, (...)”, se establece de *noventa a ciento ochenta días-multa*.

Un día de multa según la norma penal³³¹ equivale al ingreso promedio diario del condenado, el mismo que se determinará atendiendo a su patrimonio, sus rentas, remuneración, nivel de gastos y demás signos exteriores de riqueza; esta multa no debe extenderse de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesenta y cinco días-multa.

Conforme apreciamos la pena de multa impuesta por una acción delictiva, se considera sobre todo las condiciones económicas del agente; situación diferente

³³¹ Art. 41 y 43 del Código penal.

ocurre con la multa establecida en la norma especial, donde los criterios que se consideran son el valor del bien, la evaluación del daño causado, previa tasación y peritaje. Se impone sobre la base de la Unidad Impositiva Tributaria (no menor de 0.25 UIT ni mayor de 1000 UIT). De manera que la multa impuesta por la norma penal y administrativa, tienen objetivos diferentes, mientras la norma penal recae sobre los ingresos económicos del condenado, la norma administrativa se fundamenta en el valor de los daños ocasionados sobre el patrimonio cultural.

Los delitos patrimoniales de la norma penal que presentan tipos sobre conductas ilícitas contra el patrimonio cultural, no cuentan con la pena de multa como medida alternativa o pena accesoria, a pesar de la naturaleza de los ilícitos que afectan a la economía; por su parte las conductas de los ilícitos culturales cuentan con las penas de multa entre las más altas. Penas que consideramos debieran ser alternativas, más que accesorias.

2.4.3. Inhabilitación

Como ya es sabido, esta pena consiste en la supresión de algunos derechos ciudadanos (políticos, sociales, económicos, familiares, de función o cargo, etc.), la misma que puede ser impuesta como pena principal o accesoria. En el caso de los delitos contra el patrimonio cultural, donde el hecho punible es una consecuencia de abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, la pena de inhabilitación es accesoria³³², la misma que tiene una duración de *seis meses a cinco años*, similar a la de la pena principal³³³.

La pena de inhabilitación descrita en la parte general del C.P., constituye un referente para lo establecido en el art. 229 C.P., que señala “Las autoridades políticas, administrativas, aduaneras, municipales y miembros de las fuerzas armadas o de la policía nacional que, *omitiendo los deberes de sus cargos, intervengan o faciliten la comisión de los delitos mencionados en este capítulo, serán reprimidos con (...)*

³³² Art. 39 C.P.: “La inhabilitación se impondrá como *pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder, o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley*. Se extiende por igual tiempo que la pena principal”.

³³³ Art. 38 C.P.: “La inhabilitación principal se extiende de *seis meses a cinco años*, salvo en los casos a los que se refiere el segundo párrafo del numeral 6) del Art. 36, en la que es definitiva”.

inhabilitación no menor de un año, conforme al artículo 36³³⁴, incisos 1, 2 y 3”. Sanción que es exclusiva para agentes cualificados con deber de garante; pero, que debiera ser una circunstancia agravante en los tipos que describen conductas ilícitas contra el patrimonio cultural.

En conclusión hay que señalar que en los delitos contra los bienes culturales, la pena más grave es la privación de libertad, que debe imponerse a los sujetos comunes, cuando se efectuó una grave afectación de la estructura y sea irreversible la restauración del bien cultural, la misma que debe estar acompañada con una pena accesoria de multa proporcional. A su vez, la pena de inhabilitación, debe constituir una pena principal para los funcionarios, complementado con una multa, y de ser necesaria una privación de libertad en caso de extracción del país de bienes culturales.

2.5. OTROS TIPOS PENALES CONTENIDOS EN LA NORMA PENAL QUE REGULAN ILÍCITOS CULTURALES

A igual que en otras legislaciones extranjeras³³⁵ en nuestro país, a pesar de contarse con un título autónomo que comprende únicamente los delitos contra el patrimonio cultural (tutela directa), estos delitos conviven con subtipos agravados ya existentes en el Código (tutela indirecta), contenidos en su mayoría en los delitos patrimoniales, como es el caso del hurto agravado, robo agravado, receptación y apropiación; así como el delito de daños y delito de peligro común; la explicación³³⁶ a esta situación es la ausencia de directrices político-criminales que proporcionen un solo mecanismo de protección al patrimonio cultural.

Pues, con la presencia de estos tipos se otorga una protección subsidiaria al patrimonio cultural, subordinada al injusto básico, alejado del verdadero bien jurídico;

³³⁴ Art. 36 C.P.: “La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia: **1.** Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; **2.** Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; **3.** Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia; (...)”.

³³⁵ BLANCO LOZANO, Carlos, Tratado de Derecho penal español, ob.cit., p.184. La tutela del patrimonio histórico español, aparece difuminada a lo largo del texto punitivo, especialmente en los delitos de sede patrimonial, integrando cualificaciones en los siguientes delitos: hurto, robo, estafa, apropiación indebida, malversación, y en la ley de represión del contrabando; este último consiste en extraer del territorio de nuestra nación (España), bienes que integran el patrimonio histórico español sin la autorización de la administración estatal cuando la misma sea preceptiva.

³³⁶ GUISASOLA, Lerma Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., pp. 417 y s.

en efecto, en los *delitos patrimoniales* por ejemplo, se protege la propiedad o posesión del bien; en tanto que en los *delitos culturales* se protege el patrimonio cultural. El problema no son las estadísticas³³⁷, sino que se sanciona delitos culturales tomando como base un bien jurídico que no le corresponde.

Ahora bien, estos ilícitos no se encuentran del todo desvinculados (los de tutela directa y tutela indirecta), porque muchos de ellos concurren entre sí, por ejemplo: en un robo del patrimonio cultura se produce también su destrucción; el comercio de bienes culturales involucra la intervención del delito de receptación; junto a una depredación se da la sustracción de bienes culturales, estos hechos se conoce como el *concurso de delitos* el que puede ser: un concurso real y un concurso ideal de delitos.

Hay *concurso ideal de delitos* cuando se realiza una sola acción y con ella se da lugar a la comisión de varios ilícitos que pueden encajar en una misma norma (concurso ideal homogéneo) o puede encajar en diferentes normas (concurso ideal heterogéneo). Los casos más comunes son los del *concurso ideal* heterogéneo, por ejemplo: en la excavación de monumentos arqueológicos prehispánicos (art. 226 C.P.), se ocasiona lesión física a los bienes contenidos en el terreno que puede constituir el delito de alteración y/o destrucción de los bienes culturales muebles prehispánicos (art. 228 C.P.) o el delito de daños (art. 206 C.P.). Concurren también cuando se sustrae violentamente (robo) piezas culturales de un museo histórico con amenaza e intimidación a sus custodias (art. 189 C.P.), acto delictivo durante el cual se causa daño a parte de los bienes existentes (art. 206 C.P.) y se destruye otro grupo de piezas culturales (art. 228 C.P. para bienes prehispánicos y art. 230 C.P., para bienes posthispánicos). En estos casos corresponde sancionar por el delito más grave y se aumenta hasta en un cuarto de la pena, la que no debe sobrepasar de treinta y cinco años que es la pena máxima establecida por la norma penal; es decir, en el primer caso se impondrá por alteración y/o destrucción de los bienes culturales muebles prehispánicos (art. 228 C.P.) cuya pena es de tres a ocho años como el delito más grave; en el segundo ejemplo se recurrirá a la pena del delito de robo

³³⁷ Los atentados al patrimonio quedan semi-ocultos en las estadísticas criminales, al incardinarse en los apartados correspondientes a los delitos contra la propiedad, lo que supone una ausencia de conocimiento real de la criminalidad sobre estos delitos. Esta situación se supera en localidades donde se designa una autoridad judicial encargada exclusivamente de llevar los delitos patrimoniales sean las del título autónomo o las subsidiarias de otros delitos, con lo cual se cuenta con estadísticas de los ilícitos en contra del patrimonio cultural independientemente del tipo.

agravado que impone penas hasta de treinta años (inciso 4 del segundo párrafo del art. 189 C.P.).

Se produce *concurso real de delitos* en la realización de *varias acciones* que constituirán ilícitos distintos; para efectos de la represión penal, lo que corresponde es imponer la pena por cada delito de manera acumulativa. Cuando el sujeto activo se apodera del bien mueble (cultural) y ulteriormente lo destruye, no hay concurso con el delito de daños, la inutilización o destrucción fue un acto de disposición. Pero cuando el sujeto activo sustrae la cosa mueble (bien cultural) y aun en el ámbito de dominio del propietario la destruye; si hay delito de daños y habrá tentativa de hurto según se compruebe el dolo directo del agente. Suele suceder también, la extracción de bienes del patrimonio cultural autorizados para fines de exhibición cultural, pero no se retornan en el plazo fijado (art. 228 y 230 del C.P.), produciéndose una apropiación ilícita de los bienes culturales; hechos por los que recibirá el autor ocho años por el no retorno (bienes prehispánicos del art. 228 C.P.) a la que se acumulara cuatro años por apropiación (art. 190 C.P.).

Adelantamos que la legislación extranjera³³⁸ postula la intención de regular en un título autónomo las lesiones al patrimonio cultural y/o histórico, aquellos que se hallan dispersos en el Código Penal, así como aunar los conceptos y criterios que se realizaban en la norma administrativa; de manera que se eviten los conflictos y vacíos legales, entre muchas de las razones de esta postura las entenderemos a partir del análisis de aquellos delitos que no son parte del título autónomo de delitos culturales, pero reprimen acciones contra el patrimonio cultural:

2.5.1. Delito de Hurto y Robo agravado

a) Delito de Hurto

La figura del hurto en su tipo base (art. 185 C.P.) señala: “El que para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno,

³³⁸GUISASOLA, Lerma Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural, ob.cit., p. 413.

sustrayéndolo del lugar donde se encuentra (...)”. El hurto, es un delito de resultado, que consiste en el apoderamiento doloso de bienes muebles cuya acción consiste en ‘tomar’ las cosas muebles ajenas, la que debe realizarse sin ejercer fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas, con el único objeto de aprovecharse ya se trate de la cosa en si misma, de su uso o de sus frutos³³⁹.

Ahora, la norma que con mayor detalle —agravando el tipo base del art. 185 C.P., lo que la doctrina conoce como *tutela indirecta*—, regula sobre el hurto del patrimonio cultural se encuentra en el art. 186 C.P. segundo grupo de agravantes, que refiere: “(...) el hurto es cometido: *Inc.2. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación*”. La conducta delictiva implica que el sujeto activo tiene que sustraer el bien cultural de la esfera de dominio del poseedor y/o propietario, con las características señaladas líneas arriba; es decir, sin uso de violencia sobre el bien, o violencia e intimidación en los poseedores.

Aunque el elemento subjetivo que mueve la voluntad del agente en el hurto es el ánimo de lucro, vale decir, el fin es el aprovechamiento del bien mueble³⁴⁰; por esto el hurto implica el desplazamiento patrimonial y exige la separación fáctica de la cosa del patrimonio de su dueño y su incorporación al del sujeto activo³⁴¹. En este entendido el bien u objeto de acción, debe contar con un valor económico afín de que la sustracción otorgue un provecho económico al agente y simultáneamente produzca un menoscabo en la economía del propietario. Sobre este aspecto hay que recordar que la naturaleza jurídica de los bienes del patrimonio cultural no es propiamente la económica, aunque los bienes integrantes del patrimonio cultural no dejan de tener un valor económico que no es considerado en los ilícitos culturales, razón por la que el provecho tiene una interpretación singular. A nuestro parecer la realización del hurto sobre bienes del patrimonio cultural de la nación ocasiona principalmente daños sociales y funcionales, también se priva a la colectividad de contar con información sobre nuestros antepasados que brinda el bien a través de su función social, además

³³⁹ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 107.

³⁴⁰ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 364.

³⁴¹MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 8va ed., Tirant lo Blanch, España, Valencia, 1990, p. 220.

queda relegada la afectación económica que no necesariamente debe calificar el delito como patrimonial, pudiendo ubicarse en los ilícitos en contra del patrimonio cultural. Aunque no negamos la posibilidad que ha futuro el agente obtendrá un provecho económico con la sustracción ilícita del bien cultura en perjuicio social de la colectividad y de sus propietarios particulares si fuese el caso; pero, es la afectación social la que debe regir en la calificación e imposición de una pena tratándose de ilícitos culturales.

Sin embargo, la discusión se centra en el bien jurídico protegido³⁴², para un sector mayoritario de la doctrina lo constituye “*la propiedad*”, por considerarla de mayor rigurosidad científica, afín al principio de fragmentariedad y mínima intervención, porque es el propietario quien pierde las facultades del ejercicio del derecho de propiedad del bien mueble. En el caso de los bienes culturales, tal como lo anotamos, la propiedad recae sobre la colectividad y es administrada por organismos del Estado; pero también son propietarios particularmente de bienes culturales posthispánicos personas particulares. Otra sector de la doctrina coincide en que el bien jurídico afectado en el delito del hurto es ‘*la posesión legítima*’, incluso frente al propietario, que en determinados momentos, puede estar privado legalmente de ella (deudor prendario, etc.); los poseedores de bienes culturales por lo general son aquellos que tienen la condición de custodios del mismo, es el caso del Estado, la Iglesia o un particular. Pero sí, nos mantenemos en la posición de que, en los bienes culturales no es determinante su valor económico, la afectación principal se efectúa en la función social del bien cultural, porque protege la propiedad de los bienes.

Ahora bien, estos delitos patrimoniales de rapiña³⁴³ únicamente se producen con bienes muebles, pero no olvidemos que la norma penal en su capítulo autónomo de delitos contra los bienes culturales distingue dos tipos de bienes; los prehispánicos en general y los post hispánicos declarados, precisión que no se anota en el tipo patrimonial, por lo que debemos aplicar la norma general que reprime la sustracción de todo tipo de bien mueble cultural indistintamente de la época que corresponda,

³⁴²ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 122.

³⁴³TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales, ob.cit., p. 75.

aunque para el caso de los bienes posthispánicos debe cuidarse que se encuentren declarados patrimonio cultural de la nación.

Otro punto controvertido es la condición del sujeto activo, en el delito de hurto sólo puede ser quien no es propietario del bien mueble ajeno, en tal sentido lo es cualquier persona (un particular, un funcionario, servidor público)³⁴⁴. Contrariamente en los delitos contra los bienes culturales, sí es posible que los poseedores o propietarios sean sujetos activos del ilícito, esto debido a que según la norma Constitucional los bienes del patrimonio cultural pertenecen a la sociedad, siendo posible que los propietarios particulares reconocidos por la ley sustraigan los bienes culturales de la colectividad, impidiendo que el bien cumpla su función social, así como rompiendo el contacto de la colectividad con su patrimonio cultural, para una posterior comercialización y transferencia sin autorización, se puede cometer hurto.

Finalmente sobre la consumación y tentativa en el delito de hurto hay que manifestar que el hurto se halla consumado, cuando el autor (o coautores) han logrado el estado o situación de disponibilidad del bien mueble, situación que acontece con el apoderamiento real y eficaz del objeto material del delito, el mismo que marca el fin de la tentativa y da por consumado el delito. Los ilícitos contra el patrimonio cultural serán consumados cuando el agente si no es propietario del bien se apodera de este y si es propietario lo sustrae de la función social que cumple el bien, porque aún en propiedad de particular los bienes culturales cumplen funciones sociales; entonces el agente dispone de éste privándolo de su función y adicionalmente puede obtener un provecho económico con su transferencia ilegal. Entre el inicio de la sustracción y el apoderamiento pueden producirse situaciones de tentativa inidónea, delito imposible desistimiento y frustración del delito (tentativa acabada). Pero una vez que el sujeto activo haya adquirido la facultad de disposición del bien, que es una de las consecuencias del apoderamiento, no cabe tentativa frustrada, acabada, ni desistimiento, pues el delito de hurto se ha consumado instantáneamente³⁴⁵.

³⁴⁴ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 362.

³⁴⁵ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 160.

b) Delito de Robo

La conducta general de acuerdo al tipo base (art. 188 C.P.) consiste en el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndola del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física.

En el delito de robo obligatoriamente debe cumplirse los siguientes elementos a efectos de su encuadramiento en el orden jurídico-penal: a) bien mueble que debe acreditarse su preexistencia; b) apoderamiento ilegítimo procurado mediante sustracción, mediante violencia o bien amenaza, es decir la vis absoluta o el despliegue de energía del sujeto activo para doblegar la capacidad defensiva de la víctima que se opone al apoderamiento; c) sustracción mediante violencia; d) sustracción mediante amenaza grave³⁴⁶.

El robo tiene por finalidad el lucro³⁴⁷, el mismo que simultáneamente produce el perjuicio económico al propietario o poseedor del bien; pero, el patrimonio no es el único bien jurídico lesionado, sino se atacan otros bienes de naturaleza heterogénea³⁴⁸ como la libertad, la integridad física y la vida, lo que hace de él un delito complejo. En el que, el apoderamiento de los bienes muebles se despliega con el empleo de violencia y/o amenaza como mecanismos para la sustracción del bien; asimismo, el apoderamiento en el robo supone poner bajo dominio y disposición inmediata del sujeto activo un bien que se encontraba en la esfera de custodia de otra persona³⁴⁹.

³⁴⁶ ROJAS VARGAS, Fidel, *El Delito de Robo*, Editora Grijley, Perú, Lima, 2007, p. 8. Ejecutoria Suprema, R.N. N° 921-2003-Lima, 6 mayo 2004, en: Castillo, Alva, José Luis, *Jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 2006, p. 396.

³⁴⁷ RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, *Robo y tráfico de bienes culturales*, ob.cit., pp. 26 y s. Los robos son cometidos por gente cuyo principal objetivo es la ganancia. Con tal motivo se estableció para este tipo de delitos tres tipos de malhechores: **1.** Ladrones de envergadura, los cuales si no pueden reducir una obra de arte importante, tratan de negociarla en el extranjero. **2.** Ladrones ocasionales, son los menos organizados, que durante el robo en una casa, se llevan al azar objetos de valor, como cuadros, dinero, joyas, etc. **3.** Anticuarios y vendedores deshonestos, actúan indicando el objeto a robar a los delincuentes.

³⁴⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, *El Delito de Robo*, Editora Grijley, Perú, Lima, 2007, p. 7, Ejecutoria Suprema, Expediente N° 821-99-La Libertad, 11 nov. 1999, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 4, Trujillo, 2000, p. 367.

³⁴⁹ ROJAS VARGAS, Fidel, *El Delito de Robo*, Editora Grijley, Perú, Lima, 2007, p. 13. Ejecutoria Suprema, sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Expediente N° 371-98, 28 ago. 1998, en: ArmazaGaldos, Jorge y Zavala Toya, Fernando, *La decisión judicial. Para leer el Derecho positivo a través de la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 133.

La sustracción de bienes culturales con violencia o amenaza, está regulada en el art. 189 C.P., el mismo que regula dos grupos de agravantes de robo con penalidades diferentes, como si se tratase de dos conductas diferentes.

En el primer grupo de agravantes (Inc.5.)establece una penalidad no menor de *doce ni mayor de veinte años* si el robo es cometido en '*bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación y museos*'; hay que interpretar que la norma está haciendo referencia al lugar³⁵⁰ de la comisión del ilícito para efectos de la agravación y no precisamente se refiere al bien sustraído u objeto de apoderamiento. Es decir, si el robo se comete en el Complejo Arqueológico de Chan Chan o en el Museo del Señor del Sipan la pena no excederá de veinte (20) años; pues en dichos lugares (inmuebles culturales y museos) se encuentran además de bienes culturales, bienes comunes de valor económico para sus titulares.

Por su parte, el segundo grupo de agravantes del mismo artículo (189 C.P. Inc. 4) incrementan la pena a no menos de *veinte ni mayor de treinta años*, cuando la conducta se efectúa, según la norma, sobre '*bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación*'; sin importar el lugar de la comisión del ilícito, la misma que debe ser indistinta si el bien sustraído es integrante del patrimonio cultural de la nación; es decir, si se roba con violencia una pieza del Señor de Sipan — patrimonio cultural prehispánico— de su Museo o del estudio del descubridor de la pieza, la conducta alcanzara una pena de hasta treinta años (30), porque se protege el valor cultural del bien sin importar el lugar donde fue sustraído.

En efecto son dos conductas diferentes; sin embargo la redacción de estas normas puede ocasionar una confusión en su calificación, porque la sustracción violenta de bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación de los museos, puede interpretarse como la sustracción de objetos simples e imponerse una pena hasta de 20 años, cuando le corresponde hasta 30 años. Estando claro que no todos los bienes que se encuentran en un museo, forman parte del patrimonio cultural de la nación, algunos

³⁵⁰Art. 189 C.P., La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: Inc. 5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la nación y museos.

de ellos están en proceso de identificación, y como mencionamos, otros simplemente son patrimonio común; pero, la razón de los museos es la conservación y exhibición del patrimonio cultural, por lo que los robos tendrán como objeto de acción las piezas culturales, las mismas que pueden estar en universidades, sedes diplomáticas o viviendas de particulares; lo que nos lleva a considerar que la sustracción violenta de bienes del patrimonio cultural de la nación debe tener el mismo tratamiento .

Estos delitos de rapiña constituyen delitos medios de otros ilícitos más agravados como es la comercialización o tráfico de bienes culturales, por lo que debiera estar comprendida en el título autónomo conjuntamente que las conductas de extracción y comercialización.

Otro aspecto a resaltar son las penas que resultan arbitrarias en relación a los delitos del título autónomo (Delitos contra el patrimonio cultural de la nación), porque en los delitos patrimoniales se protege la propiedad y/o posesión del bien, cuyos daños se mide económicamente; mientras que los delitos culturales protegen al bien cultural y se mide su afectación física y funcional, por ahí la gran diferencia en la imposición de penas, por lo que los tipos del hurto y robo de bienes culturales no es la correcta dentro de los delitos patrimoniales; tema que comentaremos en el punto de sanciones penales. Un ejemplo es el *robo* en grupo en un museo de bienes culturales, hecho delictivo al que se impondrá una pena entre 12 a 20 años (art. 189 C.P.), al margen de que el bien pudiese ser recuperado en su integridad posteriormente; mientras que cuando la conducta consiste en la *destrucción* se le impondrá una pena entre 2 a 5 años (art. 230 C.P.), recordemos que con esta segunda acción el bien se pierde porque es destruido en su integridad; de manera que la norma penal reprime con mayor drasticidad los delitos patrimoniales por la afectación económica, dejando de lado el real valor cultural que debe cuidarse de los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación.

En la ejecución de los delitos patrimoniales del hurto y robo agravado de bienes integrantes del patrimonio cultural, concurren otros ilícitos, es el caso del *delito de daños* (art. 206 Inc. 1, C.P.) por las destrucciones o deterioros significativos de la

propiedad mueble e inmueble³⁵¹. El *delito de extorsión*³⁵² (art. 200 C.P.) por la amenaza o la intimidación para facilitar la sustracción inmediata³⁵³ de los bienes. Asimismo, *el secuestro* (art. 152 C.P.) porque el robo violento presupone en determinados casos actos de retención o privaciones momentáneas de la libertad de la víctima, o de otras personas (guardián, mensajero, transeúnte, usuario, etc.) que resultan absorbidas en su tipicidad compleja. El *delito de receptación* (art. 194 C.P.) con la adquisición de bienes culturales sustraídos ilegalmente.

La concurrencia de estos ilícitos es conocida como *Concurso Aparente de Leyes*, que es el conflicto de dos o más normas vigentes que regulan la misma situación de un hecho, de forma tal que la efectividad de una de ellas, excluye necesariamente a la otra. En el Concurso aparente de leyes, las normas que entran en colisión se excluyen entre sí, de suerte que solamente una disposición se aplique y desde ese momento se descarta a todas las demás que han provocado el conflicto. En cambio, en el *Concurso ideal de delitos* de normas no entran en colisión sino en franca y abierta coexistencia, es decir, concurren, existen, se sitúan la una al lado de la otra en conjunción que se acepta por la ley por la doble subsunción del hecho que merece³⁵⁴.

2.5.2. Delito de Daños contra el patrimonio cultural

Ésta constituye una de las figuras más importantes y frecuentemente recurrida por los magistrados para sancionar acciones lesivas al patrimonio cultural, cuando no es aplicable ninguno de los delitos del Título VIII de la norma penal. El tipo básico de la figura de Daños (art. 205 C.P.) describe: “El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno (...)”; pero, es el art. 206 C.P. que con mayor precisión refiere que la conducta de daños se agrava cuando, “(Inc.1) *Es ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural...*”.

El *daño* es entendido como la lesión ilícita e intencional, producida en la materialidad de una cosa o bien total o parcialmente ajeno, con el propósito de dañar, destruir o

³⁵¹ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra el Patrimonio*, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 395.

³⁵²ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra el Patrimonio*, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 395.

³⁵³ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra el Patrimonio*, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 395.

³⁵⁴BRAMONT ARIAS, Luis A., *Derecho penal. Parte general*, Ed. Vilock S.A., Lima, Perú, 1972, p. 163.

inutilizar la cosa a fin de disminuir o extinguir su valor económico. En principio hay que revisar los verbos concurrentes en el *delito de daños*³⁵⁵: Primero la acción de *destruir* que significa deshacer, arruinar, asolar una cosa material, mediante la realización de una actuación física y, en cierto sentido, violenta, anulando su valor a través de la eliminación material de la misma; supone en definitiva, el aniquilamiento de la cosa en su esencia específica. Segundo verbo *deteriorar* supone, estropear o menoscabar la cosa, por lo que implica una disminución del valor de la misma, debido a una modificación o alteración en su materialidad; así, la mutilación de una estatua o el ensuciamiento de una pintura. Tercero la *inutilización* que debe entenderse por la anulación de la función del bien, haciéndolo inservible el fin para el que estaba destinado, obteniéndose como resultando la pérdida de su valor de uso³⁵⁶. Conceptos que como veremos más adelante colisionan con descripciones de otros tipos penales.

Asimismo, hay que tener en cuenta que la cosa dañada debe tener algún valor patrimonial, es decir, ser económicamente valorable, porque sólo así puede determinarse la gravedad de la pena y considerar los daños como un delito contra el patrimonio. El delito de daños supone, en definitivamente, que se quite o disminuya su valor a la cosa dañada, lesionando su esencia³⁵⁷. Contrariamente en el caso de los bienes culturales resulta irrelevante determinar el valor patrimonial de los bienes porque se considera que son invaluable para la sociedad, pues recordemos que se protege el valor cultural de los bienes; pero, la figura de daños recae básicamente sobre bienes valiables.

Sin embargo no hay que olvidar que la norma especial (Ley 28296) admite la propiedad particular y su transferencia, con lo cual se admite la valoración económica para efectos de su transferencia por ejemplo; sólo que para efectos de imputación de ilícitos culturales no es determinante dicho valor. Situación que resulta controversial porque como se señaló en el párrafo anterior en el delito de daños se castiga, en principio, atendiendo al valor de la cosa dañada; razón por la que nuevamente apuntamos errores en la tipificación penal de los ilícitos culturales,

³⁵⁵El Diccionario de la Real Academia, describe el concepto de dañar: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia” así como “maltratar o echar a perder una cosa”.

³⁵⁶RENART GARCIA, Felipe, El delito de daños al patrimonio cultural español, ob.cit., pp. 275 y s.

³⁵⁷MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 8va ed., Tirant lo Blanch, España, Valencia, 1990, pp. 362s

porque se presentan problemas en la calificación de la conducta, en la determinación de la pena porque los magistrados tendrán que recurrir a normas cuyo bien jurídico es patrimonial, que no es el caso de los delitos contra el patrimonio cultural.

El daño puede manifestarse por medio de dos modalidades: la *violencia* o la *negligencia*³⁵⁸; pero necesariamente tiene que ser material. Aunque, es indiferente que la cosa sea mueble o inmueble, pero ha de ser corporal y ser susceptible de deterioro o destrucción³⁵⁹. El ilícito se consuma con la destrucción o inutilización de la cosa.

Finalmente debemos manifestar que la figura del daño no se diferencia mucho de lo que se regula en el título autónomo con las figuras de *alteración o destrucción* de bienes culturales muebles (art. 228 y 230 C.P.), porque ambas conllevan a una afectación de la sustancia material del bien cultural según los verbos del daño descritos, un daño considerable puede constituir una alteración o inclusive una destrucción; es necesario establecer criterios que diferencien el daño, alteración y destrucción del patrimonio cultural. Por lo pronto, interpretamos que las tres acciones recaen sobre la sustancia material del bien, mientras la alteración afecta la estructura o esencia del bien que no implica su desaparición; el daño puede producirse no necesariamente en la esencia del bien; la destrucción significa la pérdida del bien posición que también se maneja en el daño por destrucción. Si bien en el caso de bienes culturales se recurre a la figura de daño mas bien, cuando la afectación no califica en el *tipo alteración y destrucción de bienes culturales*, como ocurre con las pintas sobre bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación.

El daño sobre bienes culturales puede concurrir con otros ilícitos, así cuando el sujeto activo se apodera del bien mueble y ulteriormente lo destruye. No hay concurso con el delito de daños, la inutilización o destrucción, fue un acto de disposición. Cuando el sujeto activo sustrae la cosa mueble y aún en el ámbito de dominio del propietario la destruye, siendo esa su intención habrá daños agravados y no hurto agravado³⁶⁰.

³⁵⁸ RIVERA DIAZ, Johanna Andrea, Robo y tráfico de bienes culturales, ob.cit., p. 11.

³⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 8va ed., Tirant lo Blanch, España, Valencia, 1990, pp. 363s.

³⁶⁰ ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 268.

2.5.3. Receptación y Apropiación ilícita

Los juzgadores deben recurrir a las figuras genéricas de la *receptación y apropiación*, por conductas recurrentes contra el patrimonio cultural que no son reguladas por el título autónomo, aunque lamentablemente se tenga que reprimir como si se trataran de bienes comunes, sin tomar en cuenta su particularidad de bienes culturales.

Los casos de *receptación* se producen conjuntamente con los ilícitos de comercialización; es decir, principalmente por la adquisición de bienes culturales de procedencia ilícita que puede ser provenientes de un hurto, robo, depredación; sin embargo, se reprime como si el ilícito se ejecutara sobre un bien común, por no encontrarse comprendida en el título autónomo de delitos contra bienes culturales, ni existir una circunstancia agravatoria en el tipo delictivo de receptación. Lógicamente la conducta se dirige contra bienes culturales muebles, pudiendo ser prehispánicos o posthispánicos, por otra parte si siguiéramos lo establecido en el Código penal, la receptación de bienes muebles del patrimonio cultural pre hispánico debiera contener las penas más elevadas

Respecto a la *apropiación* que recae también, sobre bienes culturales muebles, indistintamente prehispánicos y/o posthispánicos, se produce en bienes que son puestos en custodia y/o administración, sea que el encargo se dé como parte de funciones en un museo en el territorio nacional e inclusive cuando se encarga la custodia en el exterior del país, y no se devuelve ni se retorna el bien; en el segundo caso se producirá un concurso de delitos, apropiación ilícita y no retorno del bien cultural a territorio nacional.

2.5.4. Delito de peligro común agravado

Otro delito que reprime los atentados contra el patrimonio cultural, es la figura del *Delito de peligro común*³⁶¹, que en su tipo agravado (art. 275 C.P.) señala que: “La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años cuando en la

³⁶¹Código penal, Título XII Delitos contra la Seguridad pública, capítulo I Delitos de Peligro Común. El sujeto pasivo en el delito de peligro común es la colectividad o la sociedad y no así la persona que eventualmente haya sufrido las consecuencias de la situación de peligro existente.

comisión del delito previsto en el artículo 273³⁶² concurre cualquiera de las siguientes circunstancias: Inc. 2. *Si el incendio provoca explosión o destruye bienes de valor científico, histórico, artístico, cultural, religioso, asistencial, militar o de importancia económica*”.

En principio hay que manifestar que los delitos de peligro suponen, en todos los casos, un adelantamiento de las barreras de protección del derecho penal, el legislador no espera la lesión efectiva —entendida como destrucción— del bien jurídico protegido, si no que, atendiendo a la experiencia, incrimina conductas que se estiman adecuadas para producir el resultado dañoso que, en última instancia, se pretende evitar.

Ahora conforme se desprende de la descripción del tipo básico, la figura delictiva corresponde a los delitos de peligro concreto³⁶³, según la cual la exigencia del peligro viene contenida en el propio tipo penal —art. 273 C.P.—, como elemento que configura a éste y; la especificación de la agravante por tratarse de bienes del patrimonio cultural se anota más adelante —art. 275 inc. 2 C.P.

Los delitos de peligro concreto responden a la estructura de los delitos de resultado, razón por la que, en cada supuesto específico, corresponde —al órgano jurisdiccional—, una verificación *ex post* sobre la efectiva puesta en peligro concreto, real del correspondiente bien jurídico. Ésta es la razón por la que a los delitos de peligro concreto suele denominárseles delitos de resultado de peligro, en los que, consecuentemente, no resulta suficiente, a efectos de la tipicidad, la simple creación de un riesgo penalmente relevante —no es suficiente el disvalor de acción— ya que siempre resulta imprescindible constatar *ex post*, en el supuesto concreto, la existencia de un disvalor de resultado referido a la probabilidad de lesionar el bien jurídico³⁶⁴.

³⁶² Art. 273 C.P. “El que crea un peligro común para las personas o los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años”.

³⁶³ HURTADO POZO, JOSÉ, MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL I, 3º ed., Grijley, Lima, Perú, 2005, p. 783.

³⁶⁴ CARO CORIA, Dino Carlos, El Derecho penal del ambiente: delitos y técnicas de tipificación, Gráfica Horizonte, Lima, Perú, 1999, p. 473.

Pues en los delitos de peligro concreto como delitos de resultado, la conducta prohibida generalmente requiere, además de la acción peligrosa, la creación de una situación de inestabilidad para el objeto de protección jurídico-penal, de manera que ya no cabe descartar su lesión³⁶⁵.

Se entiende que existe un peligro concreto para un bien jurídico (vida y salud), cuando hay una amenaza exteriorizada a los bienes, la que es inminente y actual, que ya no es controlable por los medios normales, creando un sentimiento de inseguridad, de forma que el bien jurídico se encuentra en una situación de “crisis aguda” caracterizada por la falta de dominabilidad del riesgo para el autor, en la que entre la causalidad y el resultado, solo se interpone la casualidad³⁶⁶.

De acuerdo a esta concepción el perjuicio a los bienes del patrimonio cultural se produce con la sola exposición a una situación de eminente riesgo sea de explosión o destrucción de bienes. El delito de peligro es un delito de mera actividad, contrario a los tipos descritos en el Título VIII del Código penal, donde se exigía la producción de un menoscabo físico o funcional (resultado) sobre los bienes culturales. En nuestra opinión los ilícitos contra los bienes del patrimonio cultural deben ser de resultado, es decir exigirse la lesión para su represión en tanto que las acciones sin consumarse en ilícitos sean tentativas reprimibles.

Otro aspecto controvertido de este ilícito es la pena establecida, que resulta ser excesiva, puesto en el título autónomo de los delitos culturales cuenta con ilícitos que son totalmente lesivos a los bienes culturales y son reprimibles de forma leve en comparación a las penas del delito de peligro común; situación que se repite en los ilícitos tipificados en la norma penal, pero fuera del título autónomo.

En cuanto a la consumación el delito queda sólo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico³⁶⁷. El delito se consuma cuando la víctima

³⁶⁵MATA y MARTÍN, Ricardo, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Comares, Granada, España, 1997, p. 53.

³⁶⁶GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y Ricardo César ROJAS LEÓN, Derecho penal. Parte especial (Introducción a la parte general), Tomo I, Juristas editores, Perú, 2011, p. 734.

³⁶⁷CEREZO MIR, José, Curso de Derecho penal español. Parte general II, Teoría jurídica del delito, 6º ed., Tecnos, Madrid, España, 1998, p. 105.

ingresa a una situación de peligro concreto para su vida o su salud, en ese sentido, no es suficiente con abandonar o exponer al menor o persona incapaz, se requiere que su vida o su salud hayan corrido peligro. En este delito es posible la tentativa cuando se realizan actos tendientes a colocar a la víctima en una situación de desamparo, aunque aceptamos que es un tema ampliamente debatido en la doctrina³⁶⁸.



³⁶⁸ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y Ricardo César ROJAS LEÓN, Derecho penal. Parte especial (Introducción a la parte general), Tomo I, Juristas editores, Perú, 2011, p. 762.

CAPÍTULO III

DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA

En este capítulo planteamos la razón de nuestro estudio; pues, desde nuestro punto de vista, el ordenamiento jurídico nacional que regula las conductas infractoras al patrimonio cultural de la nación, presenta algunas deficiencias y vacíos, hecho que, consideramos obedece a una falta de claridad en la delimitación de la responsabilidad penal y administrativa; toda vez que existe dificultades para precisar, dónde terminan las conductas infractoras de la administración y cuándo una conducta en contra de los bienes culturales puede ser considerada delito y ameritar una represión penal; situación que podemos exponerla en los siguientes puntos:

3.1. LOS PRINCIPIOS DEL IUS PUNIENDI EN LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA

En la tarea de establecer un límite entre estas dos formas de control social del Estado —penal y administrativo—, revisaremos algunos de los principios rectores del *ius puniendi* del Estado, que son los que permiten determinar cuándo corresponde hablar de una responsabilidad penal y por consiguiente cuándo será administrativa; y, posteriormente analizar cada una de las conductas infractoras de los bienes del patrimonio cultural de la nación; para finalmente, manifestar según nuestro punto de vista su apropiada ubicación, el tipo de responsabilidad y la sanción más adecuada que le corresponde a cada conducta.

3.1.1. Principio de Mínima Intervención

El *principio de mínima intervención*³⁶⁹ o *intervención mínima* denominado también *última ratio*, conjuntamente con otros principios tiene por objeto limitar la violencia punitiva del Estado, tratando de evitar que ésta sea excesiva o proliferada.

De acuerdo a este principio y según nuestros intereses, debemos ser capaces de diferenciar, cuándo debe aplicarse una sanción administrativa y cuándo una sanción penal³⁷⁰; pues, el principio establece que el Derecho penal debe representar la última ratio legis, entrar solo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico³⁷¹ o cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resulten insuficientes³⁷².

Es decir, el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes; los ataques muy graves consisten en infracciones cuya comisión conmueve de un modo relevante, los valores fundamentales de la comunidad³⁷³. En efecto, en el ordenamiento jurídico el Derecho

³⁶⁹ CARO CORIA, Dino Carlos, “Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real”, en Revista de Derecho Themis, Segunda época, N° 27-28, 1994, PUCP, Lima, pp. 183-194.

³⁷⁰ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general, Edic. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 225.

³⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho penal, ed. Bosch casa editorial S.A., Barcelona, España, 1975, pp. 71s.

³⁷² MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito), 3 ed. PPU, Barcelona, España, 1990, p. 6.

³⁷³ HEINRICH JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho penal. Parte General, Vol. Primero, Ed. Bosch S.A., Barcelona, España, 1981, pp. 85.

penal, es la rama que alberga las sanciones más graves —como la privación de la libertad—; por lo que, su empleo no puede ser indiscriminado, permanente y sin ningún límite; muy por el contrario, debe ser un recurso extremo, último y excepcional al que debe apelarse cuando las demás instancias del control social, formal o informal, hayan fracasado³⁷⁴ en la lucha eficaz contra la delincuencia³⁷⁵.

Por otro lado, el Derecho penal al igual que el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; que debe enfocarse a los bienes jurídicos más importantes, fundamentales, necesarios e indispensables para el desarrollo de la persona y que permitan realizar la vida en comunidad, no se trata de proteger cualquier bien jurídico que de por sí pueda ser valioso. La función de protección del Derecho penal le corresponde tan solo a una parte, y ciertamente a la última, interviniendo únicamente en cuanto fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho³⁷⁶.

De acuerdo a esta posición debemos manifestar que, los *bienes del patrimonio cultural* son bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente y, considerados de importancia en la convivencia social; porque, permiten mantener una memoria colectiva a la sociedad. Ahora bien, la protección del patrimonio cultural abarca un universo de bienes culturales, los mismos que por Ley N° 28296 ya cuentan con protección general; pero la protección penal debe estar dirigida, a un grupo de bienes o a un tipo de conductas que produzcan un daño determinado; sin que eso, signifique desmerecer la importancia cultural y social de los demás bienes culturales; de manera que, no puede acarrear sanción penal cualquier lesión o puesta en peligro de un bien cultural.

Siendo así, las acciones de contenido lesivo insignificante o que no encierre una grave perturbación a la paz social debe despenalizarse o terminar impidiendo su posterior

³⁷⁴ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general, ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, pp. 210-211.

³⁷⁵ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito), 3 ed. PPU, Barcelona, España, 1990, p. 6.

³⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho penal, Ed. Bosch casa editorial S.A., Barcelona, España, 1975, p. 60.

criminalización³⁷⁷. Pues, al existir otras vías menos costosas y menos graves en sus consecuencias, debe acudirse a éstas, evitándose en todo momento recurrir al ordenamiento jurídico penal³⁷⁸.

Por ejemplo, entre las conductas infractoras al patrimonio cultural cuya represión penal resulta innecesaria, reguladas por la Ley 28296 están: la *omisión de comunicar del hallazgo de un bien cultural a la autoridad respectiva*, el *incumplimiento de la obligación de registro de la posesión y/o propiedad de bienes culturales* (art. 6 y 7 de la Ley 28296), o el hecho de *omitir pasar comunicación de la transferencia del bien cultural* (art. 9 de la Ley 28296); son conductas en las cuales las sanciones penales como la imposición de una privación de libertad no sólo resultan excesivas, sino que, serían desproporcionadas y en las que debe agotarse la vía administrativa.

De igual forma, resulta poco más que absurdo privar de libertad por el simple hecho de no accionar ante la inclemencia de la naturaleza física, al no evitarse una destrucción natural de un patrimonio cultural del cual se es propietario y/o tenedor, cuando no se cuenta ni siquiera con los recursos mínimos para satisfacer necesidades básicas como seres humanos; opuestamente si se trata del accionar de funcionario, la responsabilidad se agrava.

Para proteger los intereses sociales, el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el propio Derecho penal, antes de acudir a éste, ya que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimando el recurso de la pena, o de la medida de seguridad. Importa descartarlo especialmente frente a la tendencia que el

³⁷⁷ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general, ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 224.

³⁷⁸ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general, ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 223.

Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil huida al Derecho penal. Pero también el Estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción³⁷⁹.

En el caso de los bienes culturales deberá considerarse la importancia, representación, significado y antigüedad del bien, entre otros aspectos que lo catalogan como patrimonio cultural, —si se trata de un daño leve que recae sobre un bien con especial significancia histórica, eminentemente el bien tendrá un valor excepcional y a pesar de la lesión leve se podría evocar una represión mayor. Como ejemplo tenemos el menoscabo ocasionado al “Intiwatana o reloj solar” que forma parte importante del Santuario de Machupicchu, hoy una de las *Siete Maravillas del Mundo*, cuya afectación ocasiona una gran perturbación social y exige una represión penal. Situación diferente se produce en una lesión ocasionada a un inmueble urbano patrimonio cultural que se encuentra en estado semi-deteriorado por inclemencia del tiempo y abandono de las autoridades y/o propietarios, que es objeto de un leve resquebrajamiento doloso, posiblemente será pasible de una sanción de menor proporción, la administrativa; pero, si el mismo bien sufre un atentado que lo destruya, inutilice o cause una perturbación social o física sin autorización, ameritará una sanción penal.

El desvalor de la conducta se medirá tomando en cuenta el modo de comisión, los medios empleados, además de considerar la naturaleza, composición física e importancia del bien cultural, la calidad del sujeto activo, así como la intención³⁸⁰ de la conducta. Por ejemplo, si se trata de una excavación (art. 226 C.P.), que puede producirse por diferentes razones entre lícitas e ilícitas; en el caso en que la conducta sea parte del tráfico ilícito, implica excavaciones con tecnología moderna y presupuesto, por lo que el desvalor de la conducta es mayor; en comparación a aquellas acciones de excavación de huaqueros, que son individuales, clandestinas, destinadas al comercio personal y cuyos medios de comisión delictiva son diferentes

³⁷⁹ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito), 3 ed. PPU, Barcelona, España, 1990, p. 99.

³⁸⁰ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general, ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 218. A la importancia del bien jurídico y a la dañosidad de la conducta, hay que sumar la necesidad de sancionar solo las actitudes internas más reprochables del agente (dolo) y, de manera excepcional, las infracciones imprudentes que impliquen una infracción al deber objetivo de cuidado (culpa).

y con menor presupuesto; sin embargo, estas acciones que parecen simples, con su permanencia en el tiempo y espacio, puede ocasionar igual o mayor daño a las acciones efectuadas por las grandes excavaciones de traficantes de bienes culturales. Situación distinta ocurre con las excavaciones realizadas con fines agrícolas o de vivienda, que igualmente afectan el patrimonio cultural, pero no deben ser merecedoras de represión penal, porque no existe una intención en contra del patrimonio cultural, es más, hasta tal vez exista un desconocimiento del tipo. Como se apreciará, el atentado hacia los bienes culturales puede tener diferentes efectos, al margen de que de por sí, constituya una conducta reprochable, será necesario analizar los otros elementos constituyentes del delito según al tipo al que correspondan.

Bajo los criterios de este principio hay que revisar los conceptos de las infracciones de daño, extracción de bienes culturales que simultáneamente se regulan en la norma penal, las cuales debieran constituirse más bien en ilícitos, conforme se desarrollara más adelante.

Finalmente hay que señalar que este principio está compuesto por otros dos principios importantes: el *principio de fragmentariedad* y el *principio de subsidiariedad*, los que desarrollaremos a continuación.

3.1.2. Principio de Intervención Fragmentaria

El *principio de fragmentariedad*, contribuye a responder cuándo y qué conductas criminalizar y cuándo y qué conductas se deben despenalizar³⁸¹, y así establecer los límites de la responsabilidad penal y administrativa.

El carácter *fragmentario* del Derecho penal significa que, el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo a las modalidades de ataque más peligrosas³⁸². De acuerdo a este *carácter fragmentario*, el Derecho penal debe intervenir sólo, frente a aquellos comportamientos que atentan las reglas mínimas de la convivencia social y, afecten bienes y/o valores jurídicos

³⁸¹CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general, ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 257.

³⁸²MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito), 3 ed. PPU, Barcelona, España, 1990, p. 99. Por ejemplo, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino solo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento.

fundamentales de la persona y de la sociedad, siempre que se lleven a cabo de una forma grave³⁸³. Por tanto, según esta función selectiva³⁸⁴, lo que se busca es que el Derecho penal al ocuparse de algunos fragmentos de ilicitud, reduzca su catálogo de tipos delictivos.

El *principio de fragmentariedad* tiene tres manifestaciones principales: a) Según este principio la esfera de las conductas penalmente relevantes, es más restringida y limitada respecto al ámbito de las conductas ilícitas, las cuales pertenecen a otras áreas del ordenamiento jurídico; b) El Derecho penal no sólo busca tutelar bienes jurídicos que pueden ser menoscabados de cualquier manera, sino que sus prohibiciones se restringen a determinadas acciones o modos de comisión que terminan vulnerando bienes jurídicos; c) El ámbito de lo penalmente relevante no coincide con lo moralmente reprochable. Una cuarta manifestación que se agrega (d), señala: que sólo puede castigarse las conductas dolosas y de manera excepcional los comportamientos imprudentes, cuando se trate de un bien jurídico esencial o existe una insoportable dañosidad social o, cuando exista un mayor reproche por la energía criminal y peligrosidad social de las conductas dolosas que infringen de modo consiente las prohibiciones y mandatos y, que convierten en ineficaz cualquier prescripción jurídica, por más que ésta se apoye en un mecanismo tan severo como la pena³⁸⁵. Por su parte, los casos de culpa leve o insignificante deben ser considerados como simples faltas³⁸⁶; en tanto que, los resultados fortuitos, imprevisibles no pueden ser vistos sino como simples sucesos luctuosos, como meras desgracias o hechos que el Derecho no puede desaprovechar, sino simplemente lamentar.

Los ilícitos contra el patrimonio cultural tienen una importancia significativa otorgada por la Constitución política, que dispone su protección penal, pero de todas las conductas que lesionan los bienes culturales, sólo algunas de ellas se constituyen de extrema afectación social, sea por riesgo de pérdida del bien cultural o eminente daño

³⁸³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., Curso elemental de Derecho penal. Parte general. Ed. Ediciones Legales, Perú, 2004, pp. 76-77.

³⁸⁴ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 248.

³⁸⁵ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 253.

³⁸⁶ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 262.

físico al bien cultural; por lo que, es necesario determinar cuándo se considerara grave una conducta desde el punto de vista objetivo y subjetivo de la conducta.

Pues, en la protección de los bienes culturales se debe exigir un elemento adicional, que la protección penal o administrativa sea útil y reporte a la sociedad algún beneficio respecto a su conservación o estabilización por las expectativas normativas³⁸⁷. Si los medios no son adecuados a no logran los resultados que se buscan, debe buscarse otras medidas más efectivas; ahora se da el caso de que puede que una conducta merezca pena, pero si ella no la necesita y se ha comprobado, además, que ésta es inútil o que sus efectos son socialmente nocivos o se logra metas distintas a las perseguidas; debe descriminalizarse el comportamiento³⁸⁸. Es el caso de la multa que constituye una sanción más efectiva y útil cuando la infracción consiste en la falta de registro, el inicio de una excavación, una alteración leve sobre el bien cultural entre otras conductas; porque permite que se corrija la conducta deteniéndose inicialmente, y devolver las cosas a su estado anterior, o restaurar el bien cultural en caso de existir un daño leve. Contrariamente una sanción más grave como la privación de la libertad, resulta útil para conductas de grave alteración, destrucción, extracción fuera del país y comercio (tráfico de bienes culturales) porque las posibilidades de recuperar el bien para el conocimiento y contacto con la colectividad son pobres; y porque las labores de restauración son onerosas y no garantizan la recuperación de la función social del bien cultural, y sobre todo porque la libertad del agente constituye un peligro para el mismo bien cultural u otros existentes.

Para M. E. Mayer el bien debe tener una triple cualidad: “merecedor de protección”, “necesitado de protección” y “capaz de protección”; la primera cualidad dependerá del valor que se le atribuye a los bienes una determinada cultura. Ahora bien, no todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal; muchas veces bastará con concederles leyes civiles, administrativas, etc. Aunque sucede a veces que la protección que ofrecen a determinados intereses —las otras ramas jurídicas—, es tan insuficiente que el Derecho penal se ve obligado a intervenir allí donde no era

³⁸⁷CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 266.

³⁸⁸CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 271.

necesaria su intervención. En cuanto a la tercera cualidad —capacidad de protección—, se manifiesta que, no todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección penal, son los más capaces e idóneos para recibir esa protección³⁸⁹.

En la protección de los bienes culturales debe partirse esencialmente del inventario y registro de los mismos, la que nos permitirá una categorización de los bienes culturales y a partir de ahí establecer que bienes culturales cumplen estas tres cualidades y son pasibles de protección penal o administrativa, es decir sólo aquellos que alcancen las tres cualidades —merecedor de protección, necesitado de protección y capaz de protección—, que evidentemente será un fragmento de la totalidad de los bienes existentes; pero, a la calificación de los bienes se sumará el análisis de la conducta y las circunstancias de su realización que determinará si se trata de una infracción administrativa o un hecho ilícito.

3.1.3. Principio de Intervención Subsidiaria

Según apuntamos líneas más adelante, el *principio de subsidiariedad* es parte del *Principio de mínima intervención*, que postula al Derecho penal como la *última ratio*, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos³⁹⁰. Nuestra política criminal tiene como uno de sus fundamentos, la prevención del delito a través de la pena; pues, la pena debe ocupar el último lugar en los planes de la política criminal del Estado y, deben ser otros los mecanismos sociales y las estrategias más importantes, para atacar las causas y factores generadores del delito³⁹¹. De manera que, el *principio de subsidiariedad* adjudica y ratifica al Derecho penal el papel de *última ratio*, es decir el último y más afflictivo recurso³⁹², la expresión más dura y radical con la que se debe combatir y luchar eficazmente contra el delito.

El *principio de subsidiariedad* supone, que no todas las conductas dañosas o desviadas socialmente deben terminar siendo consideradas como delito, sino, sólo

³⁸⁹MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho penal, Ed. Bosch casa editorial S.A., Barcelona, España, 1975, pp. 72ss.

³⁹⁰MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito), 3 ed. PPU, Barcelona, España, 1990, p. 98.

³⁹¹CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 243.

³⁹²CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 228.

cuando la conducta revista suma gravedad y signifique una grave perturbación social; de manera que, es una exigencia elemental la necesidad de jerarquizar y racionalizar los medios disponibles para responder al problema criminal de manera eficaz³⁹³ (principio de fragmentariedad). La exigencia de una ordenación y graduación de los medios es con el objeto de emplear no sólo los menos lesivos, sino los más idóneos y eficaces que no supongan la privación de derecho alguno, sino, una serie de ayudas asistenciales y de apoyo social; recién cuando se haya comprobado su insuficiencia o ineficacia debe plantearse la apelación de otros mecanismos de carácter sancionatorio³⁹⁴.

En el afán de proteger los intereses sociales del Estado, particularmente los culturales, debe agotarse previamente los medios menos lesivos antes de acudir al Derecho penal; el mismo que es considerado como un arma subsidiaria de una última ratio. Porque no sólo, hay que preferir ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como parte de una adecuada Política social, si no acudir a sanciones no penales como: las civiles (impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y, las administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Y, sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimando el recurso de la pena o medida de seguridad; pero sí, ir descartando la tendencia a una excesiva intervención y una fácil huida al Derecho penal³⁹⁵.

Finalmente se concluye que el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Según el cual, el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos mas importantes; mientras las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho³⁹⁶.

³⁹³ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 238.

³⁹⁴ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 239.

³⁹⁵ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito), 3 ed. PPU, Barcelona, España, 1990, p. 99.

³⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho penal, Ed. Bosch casa editorial S.A., Barcelona, España, 1975, p. 60.

3.1.4. Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad encuentra su fundamento en la consagración constitucional: *la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*³⁹⁷. Pues, toda pena desproporcional e injusta es un sacrificio innecesario y excesivo del derecho a la libertad y a la dignidad de la persona humana³⁹⁸, considerado mas bien como un tratamiento inhumano, indigno e inclusive humillante³⁹⁹, en la que se reduce a la persona a la calidad de medio o instrumento y, no se le considera como el fin supremo de la sociedad.

El *principio de proporcionalidad*⁴⁰⁰ ayuda al Derecho penal a guardar armonía con la justicia, ponderando una correspondencia axiológica entre la pena y el delito, estableciendo la siguiente regla: *una pena grave debe seguir a un delito grave y una pena leve a un delito leve*; consiguientemente debe prohibirse los excesos en la imposición de penas considerando criterios de eficacia y de necesidad de pena⁴⁰¹. Situación que en relación a los delitos culturales, debemos considerarlo partiendo por el bien jurídico que se protege que es el valor cultural de los bienes; en ese sentido, si la lesión substrahe el valor cultural de los bienes culturales considerablemente o los disipa, hablamos de una conducta grave que amerita una sanción grave; si, en cambio el menoscabo es mínimo y no compromete el valor cultural del bien cultural, se trata de una afectación leve merecedora de una represión proporcionalmente leve.

En nuestra norma penal advertimos la ausencia de proporcionalidad en algunos tipos de ilícitos culturales descritos, específicamente nos referimos a las conductas de *hurto* y *robo* de bienes culturales que se reprime con privación de la libertad, a nuestro criterio excesivamente, porque van de *cuatro a ocho años* (art. 186.2 C.P.) tratándose del hurto agravado de bienes culturales y, de *veinte a treinta años* (Segundo párrafo del art. 189.4 C.P.) para el caso de robo agravado de bienes culturales. Sanciones que

³⁹⁷ Art. 1 de la Constitución Política de 1993.

³⁹⁸ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 296.

³⁹⁹ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 295.

⁴⁰⁰ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 299.

⁴⁰¹ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 289.

resultan desproporcionadas en comparación a las sanciones impuestas para el caso de las conductas de *alteración* (art. 228 y 230 C.P.), o peor aún en la conducta de *destrucción de bienes culturales* (art. 228 y 230 C.P.) cuyas penas de privación de la libertad son entre *tres a ocho años* (bienes prehispánicos) y de *dos a cinco años* (bienes post-hispánicos declarados). Situación que demuestra no sólo un trato injusto; pues, resulta hasta indignante que el robo agravado se retribuya hasta con 30 años como máximo de pena de privación de libertad; mientras la destrucción de un bien cultural que, implica la extinción del bien, sólo pueda recibir hasta un máximo de 8 años en el peor de los casos (para bienes prehispánicos y, cinco años si los bienes culturales son posthispánicos).

Sin embargo, para determinar la proporcionalidad de la pena, debe tenerse en cuenta también otros aspectos, como la *importancia del bien jurídico* —tanto en su relevancia⁴⁰² social como constitucional—, mientras mayor sea la importancia del bien jurídico, mayor debe ser la pena; y a la inversa, un bien jurídico de menor dañosidad no puede tener penas graves; por lo que, previamente debe realizarse una graduación y jerarquización de los bienes jurídicos a proteger, pues, sólo así la proporcionalidad queda garantizada. De manera que no tengamos sanciones de hasta 30 años por un robo agravado de bienes culturales, un homicidio con una pena de hasta 20 años, siendo que el segundo es un bien jurídico de mayor importancia que el primero. Tratándose de los delitos culturales reconocidos por la Constitución, hay que manifestar que por encima de éstos se encuentran en importancia bienes individuales como: la vida, salud e integridad de las personas, las que tienen que contar con penas que se ubiquen en la parte más alta de la escala de sanciones; consecuentemente las sanciones contra ilícitos culturales debieran tener penas por debajo de las establecidas en los delitos individuales.

Para Mir Puig, no basta constatar la importancia abstracta del bien jurídico sino que debe determinarse el grado de afectación del bien y así fijar la pena a exigir⁴⁰³; por tanto, la proporcionalidad no sólo debe reparar en la importancia del bien jurídico,

⁴⁰² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., Curso elemental de Derecho penal. Parte general. Ed. Ediciones Legales, Lima, Perú, 2011, p. 80. Del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia para justificar una amenaza de privación de libertad, en general y una efectiva limitación de la misma, en concreto.

⁴⁰³ GUISASOLA LERMA, Delitos contra el patrimonio cultural, pp. 309 s.

sino en las formas y modos de agresión más graves⁴⁰⁴. Entonces, el *principio de proporcionalidad* en sentido general, significa modular la sanción punitiva, tomando en referencia el grado de afectación producido en el bien jurídico, considerando no sólo el aspecto material (antijuricidad), sino también, la esfera interna del agente dolo o culpa (elemento subjetivo); pues la pena (tipo de sanción y su extensión) debe ser proporcional a las condiciones que la hacen “necesaria”; en ningún caso pueden exceder esa necesidad⁴⁰⁵. Desde esa lógica resulta arbitrario imponer privación de libertad por un daño resarcible a un bien cultural, tomando en cuenta el grado de afectación —sea por medio de un atentado contra monumentos arqueológicos (art.226 C.P.), o de una extracción de bienes culturales (art. 228 y 230 C.P.), daños (art. 206.1 C.P.)—, resulta más útil una pena de multa que cubra los gastos de restauración, reposición y consecuente aseguramiento con los que cargue el imputado que lesionó un bien cultural, siempre que no haya existido la intención de daño, que éste sea resarcible y que el bien cultural no tenga una categoría superior de patrimonio mundial, por ejemplo.

La importancia del bien jurídico, la gravedad de la conducta (disvalor de la acción) y el elemento subjetivo, no pueden ser vistos de manera aislada e inconexa, sino todo lo contrario como si fuera un todo indisoluble y uniforme. A veces la mayor o menor gravedad de una pena no depende de la importancia de un bien jurídico, sino de la especial ejecución de un comportamiento o de los medios empleados, es decir, de la elevada o escasa gravedad de la conducta⁴⁰⁶.

Por último del *principio de proporcionalidad* se puede evocar tres subprincipios: Primero, el *subprincipio de idoneidad* según el cual la intervención a los derechos fundamentales de la persona como la libertad, debe ser la medida más adecuada y capaz para contribuir con el fin de la pena; es decir, una agresión contra los bienes culturales justifica la privación de libertad, si se trata de un atentado grave y la medida permite evitar posteriores daños a otros bienes culturales. El segundo

⁴⁰⁴ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 299.

⁴⁰⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., Curso elemental de Derecho penal. Parte general. Ed. Ediciones Legales, Lima, Perú, 2011, p. 81.

⁴⁰⁶ CASTILLO ALVA, José Luís, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 307.

subprincipio de necesidad, señala ante la existencia de más de una medida para reprimir conductas ilícitas, entre las más capaces debemos recurrir la que signifique una menor afectación a los derechos fundamentales de la persona y; finalmente el tercero, el *subprincipio de proporcionalidad en estricto*, según el cual el derecho que se protege no debe ser inferior al que se sacrifica, significa que no corresponderá una privación de libertad por una leve lesión al patrimonio cultural de la nación.

3.1.5. El Principio de Ne Bis in Idem

La labor del principio *ne bis in idem* es dosificar el mal⁴⁰⁷ (pena o sanción), mantener una adecuación entre el hecho tipificado y la sanción a imponer, e impedir que recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento⁴⁰⁸.

Cuando el ordenamiento prohíbe la duplicidad de procesos, no es sólo una cuestión de seguridad jurídica o de evitar al sujeto la multiplicidad de procedimientos; de lo que se trata es de evitar el peligro de doble proceso, o más bien, de que se produzca dos valoraciones distintas sobre un mismo supuesto de hecho o se dé una duplicidad de consecuencias jurídicas por un mismo hecho⁴⁰⁹.

El *Ne bis in idem* tiene dos vertientes⁴¹⁰: material y procesal. Pero la más importante es la material, conforme se detalla. La *vertiente material*, pretende la prohibición de un nuevo castigo una vez que se ha agotado el contenido del injusto y culpabilidad del hecho⁴¹¹; al postular que *nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho*, esto rige cuando concurre la llamada triple identidad: *sujeto, hecho y fundamento*; situación que de darse constituiría un exceso del poder sancionador del Estado, y contrario a las garantías del Estado de derecho.

⁴⁰⁷ BENLLOCH PETIT, Guillermo, “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el derecho disciplinario”, Separata, Artículo, Universidad Internacional de Catalunya, p. 312.

⁴⁰⁸ GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el patrimonio cultural, p. 325.

⁴⁰⁹ BENLLOCH PETIT, Guillermo, “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el derecho disciplinario”, Separata, Artículo, Universidad Internacional de Catalunya, p. 307.

⁴¹⁰ Tribunal Constitucional Peruano a través de la sentencia del 16 de abril del 2003, Exp. N° 2050-2002-AA-TC, establece que el principio del *ne bis in idem* tiene una doble configuración, consistente en una versión sustantiva y una procesal.

⁴¹¹ BENLLOCH PETIT, Guillermo, El Principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el derecho disciplinario. Separata Artículo. Edit. Universitat Internacional de Catalunya. Facultad de Ciencias Jurídicas i Politiques, España, 1999, p. 307.

De acuerdo a esta vertiente⁴¹² el principio está conectado con el *principio de legalidad* en la *lex praevia* y *lex certa*, que obedece a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado, ante la eventual comisión de un hecho antijurídico. El cometido garantista devendría en inútil si ese mismo hecho y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica; pues, la imposición de más de una sanción por lo mismo, afectaría el conocimiento previo y claro que el ciudadano debe tener conocimiento de las consecuencias de su conducta, se recurre a este principio como una garantía de seguridad jurídica y como garantía de que la norma primaria debe satisfacer funciones de determinación⁴¹³.

Ahora, respecto al contenido de la triple identidad⁴¹⁴: la *identidad del sujeto* está referida al imputado o sancionado —no es necesario una identidad de la víctima, agraviado o sujeto pasivo de la infracción—, pero en el caso de las personas jurídicas Silva Sánchez⁴¹⁵ refiere, la sanción aunque recae en la persona jurídica, tiene como destino final a la persona individual responsable del delito; en ese sentido la prohibición del *ne bis in idem* impide la concurrencia simultánea de la sanción penal al individuo y la sanción administrativa a la empresa en base al mismo hecho; sin embargo, se considera⁴¹⁶ que las personas jurídicas tienen plena capacidad infractora en el ámbito administrativo sancionador, por lo que, pueden ser objeto de una sanción que le impone un órgano de la misma administración o un órgano de una administración distinta, en tanto se les niega capacidad en el ámbito penal. El segundo fundamento es el más fácil de identificar, está referido a la *identidad del hecho*; cuando existe coincidencia en el desarrollo de los hechos en lugar y espacio, hablamos de identidad de hecho. Finalmente la *identidad de fundamento*, sobre el cual el TC

⁴¹²CARO CORIA, Dino Carlos, “El Principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En el Tema 3. Complementariedad Penal Administrativa. PUCP- Maestría de Derecho Penal Semestre 2009-2, Derecho Penal Económico y de la Empresa, vol. I, Lima, pp. 1 y ss.

⁴¹³CARO CORIA, Dino, “El Principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, ob.cit., pp. 1 y ss. La STC Español 142/1999 del 22 de julio refiere que “Correlativamente con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles conductas por actos no tipificados previamente. De esta manera los, los destinatarios de la norma saben- o tienen al menos la posibilidad de saber que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido”.

⁴¹⁴CARO CORIA, Dino, ibíd., pp. 1 y ss.

⁴¹⁵GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el patrimonio cultural, ob.cit., p. 326.

⁴¹⁶UBEDA TARAJO, Francisco E., “Estudios. Sanciones disciplinarias de Derecho público: Las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional”, Boletín N° 2033, España.

refiere⁴¹⁷, que es la identidad que define el sentido del principio, por lo que cabe buscar la similitud de fundamento en los dos ámbitos; la sanción administrativa no requiere la verificación de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos porque no se rige por el principio de lesividad, generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; mientras que para el ámbito penal el fundamento del delito, se centra generalmente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, en el contenido del injusto⁴¹⁸.

En la práctica puede darse una coincidencia en la concurrencia de la norma penal y la administrativa en la represión de conductas relacionados con bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, ocurre por el tipo de interpretación que se pueda dar a ambas normas, coincidencias en la regulación de la alteración de bienes culturales, en la conducta de excavación como se analizará más adelante si realmente hay una doble regulación que implicaría imponer *una doble carga coactiva*, con lo cual se quebranta la regla del art. VIII del C.P. que expresa que⁴¹⁹ *la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho* y que exige congruencia entre el contenido del injusto punible y la desvaloración jurídico-social frente al mismo⁴²⁰.

En tanto que la *vertiente procesal* pretende *imposibilitar dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes, sobre el mismo objeto procesal, en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano, de ser juzgados únicamente una vez por una actuación presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad y justicia que dominan el ámbito del proceso criminal*⁴²¹. La vertiente

⁴¹⁷CARO CORIA, Dino, “El Principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, ob.cit., pp. 1 y ss.

⁴¹⁸GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el patrimonio cultural, ob.cit., p. 327.

⁴¹⁹El TC, en el Exp. 2050-2002-AA/TC del 16 de abril de 2003, refiere que tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con lo cual se impide, la dualidad de procedimientos (por ejemplo uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un proceso en cada uno de esos ordenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

⁴²⁰CARO CORIA, Dino, ibíd., p. 1 y ss. Como destaca la STC Español 2/2003 del 16 de enero de 2003, “dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente”.

⁴²¹BENLLOCH PETIT, Guillermo, El Principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el derecho disciplinario, ob.cit., p. 306.

procesal del *ne bis in idem* es un medio para evitar el riesgo de efectiva lesión del propio principio en su vertiente material, que es la que en definitiva importa⁴²².

La aplicación del *principio del ne bis in idem* a las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo, resulta algunas veces complejas por esa falta de delimitación del ámbito de responsabilidad penal y administrativo, sin embargo se puede restringir a *la existencia de una identidad mínima, una identidad sustancial básica entre la sanción penal y la sanción administrativa, una mínima naturaleza común, derivada precisamente de su común carácter de sanción*⁴²³. Desde éste punto de vista podríamos hablar de coincidencia en ambas normas con respecto a los bienes integrantes del patrimonio cultural ambas buscan su preservación y protección.

3.2. DIFERENCIAS ENTRE LA SANCIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA

Una vez determinado con ayuda de los principios generales cuándo corresponde una sanción penal o administrativa, hay que manifestar el porqué de la distinción y qué implicancias se producen en la imposición de una u otra sanción; al respecto existen algunos criterios que nos ayudaran a establecer estas diferencias:

a) Primer criterio: el Órgano que impone la sanción correspondiente. Es el criterio más simple, está referido a la autoridad que establece la sanción, en las sanciones administrativas las imponen las autoridades administrativas y en las sanciones penales las imponen los jueces y tribunales⁴²⁴; criterio que no es concluyente en opinión de UbedaTarajano⁴²⁵, porque existen casos en que un Órgano judicial “no penal” ha impuesto una sanción de naturaleza administrativa.

⁴²² BENLLOCH PETIT, Guillermo, “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el derecho disciplinario”, Separata, Artículo, Universidad Internacional de Catalunya, p. 307.

⁴²³ BENLLOCH PETIT, Guillermo, El Principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el derecho disciplinario, ob.cit., p. 310.

⁴²⁴ REBOLLO PUIG, Manuel y Otros, “Panorama del Derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos”, ob.cit., p. 24.

⁴²⁵ UBEDA TARAJANO, Francisco E., “Estudios. Sanciones disciplinarias de Derecho público: Las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional”, Boletín N° 2033, España, p. 16. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa revisa la actividad administrativa como parte de su función y en la práctica en ocasiones no sólo revisa la actividad sancionadora de la Administración sino que, en atención al principio de proporcionalidad y otras veces amparado en el principio *iuranovit curia*, el Órgano jurisdiccional en sede Contencioso-Administrativa anula la sanción y no devuelve expediente para que se imponga otra, sino que sustituye el criterio administrativo e impone el judicial con una nueva sanción de naturaleza administrativa.

b) Segundo criterio: la distinción por la mayor o menor gravedad de la sanción a imponerse. Sus defensores señalan que la sanción penal es más grave que la administrativa, esto debido a *la importancia de los bienes jurídicos afectados y su efecto estigmatizante*; por ejemplo, la sanción penal por excelencia es la privación de libertad, que consiste en la afectación de un derecho primordial, cuyo efecto resulta gravísimo para las personas. Por otra parte, la multa que podría ser la sanción más representativa en el campo administrativo, es una sanción que se impone tanto en la vía penal y administrativa, siendo que inclusive en la vía penal las cuantías fijadas son superiores a las establecidas en la vía administrativa, lo que resulta negativo para la administración. Volviendo al criterio de diferenciación puede concluirse que mientras el Derecho penal juzga comportamientos peligrosos, el Derecho administrativo sanciona comportamientos de peligro presunto; distinción importante, que hay que considerar para efectos de imponer sanción a las responsabilidades adquiridas, por atentar contra los bienes integrantes del patrimonio cultural.

*c) Tercer criterio: la distinción antológica en los ilícitos*⁴²⁶. Comencemos indicando que los *delitos penales*, son delitos naturales perse al Derecho natural, que lesionan derechos subjetivos pre-existentes a la norma, su ilicitud está en la *lesión o la puesta en peligro concreto* de un bien jurídico y finalmente parten por ser conductas antisociales. Por otro lado, las *infracciones administrativas* son creaciones del derecho, conocidos también como delitos artificiales creados por la voluntad del Estado, su ilicitud se encuentra en la lesión que ocasiona a los intereses de la administración, se sancionan determinadas conductas peligrosas para la seguridad y el orden público. Este criterio nos evoca los fines de cada uno de los derechos y de las normas que lo regulan, recordando que las infracciones más extremas por invocación del principio de mínima intervención, las reprima el derecho penal.

*d) Cuarto criterio: la finalidad de la norma determina la idoneidad de la sanción, como un medio para alcanzar dichos objetivos*⁴²⁷ (tesis teleológica). El Derecho penal tiene por finalidad la tutela de bienes jurídicos a través de imposición de penas y

⁴²⁶ UBEDA TARAJANO, Francisco E., “Estudios. Sanciones disciplinarias de Derecho público: Las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional”, Boletín N° 2033, España, pp.7 s.

⁴²⁷ UBEDA TARAJANO, Francisco E., “Estudios. Sanciones disciplinarias de Derecho público: Las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional”, Boletín N° 2033, España, p. 9.

medidas de seguridad, y como medio idóneo utiliza la privación de la libertad de las personas; mientras que, la finalidad del Derecho administrativo son los intereses particulares de la administración y recurre a medios menos drásticos para alcanzar sus objetivos. Según esta posición, para Silva Sánchez (criterio teleológico) el Derecho penal protege bienes concretos en casos concretos a través de criterios de lesividad o peligrosidad concretos y de imputación individual de un injusto propio; por su parte, el Derecho administrativo sancionador trata de ordenar sectores de la actividad, requiere estadísticas, es más flexible en la imputación y persigue las infracciones.

e) Quinto criterio: la diferencia cualitativa y cuantitativa⁴²⁸, entre la norma penal y la norma administrativa. Es el último y más controvertido criterio comprende dos subcriterios debidamente diferenciados:

1.-Diferencia Cualitativa.

Quienes defienden ésta posición, señalan que la diferencia cualitativa⁴²⁹ parte del fundamento que el derecho penal se constituye sobre *acciones ético-sociales relevantes o conductas altamente reprochadas por la sociedad*, concebidas como delitos. Y para el caso particular de la investigación con el componente de una significancia cultural —se trata de conductas que lesionan bienes del patrimonio cultural y que resultan intolerables para la convivencia social—, entonces debe señalarse en la ley, cuáles son esas conductas intolerables y tener precisión sobre cuáles podrían ser tolerables penalmente, lo cual no se les exime de alguna otra forma de sanción diferente a la penal.

Por otra lado, las infracciones administrativas son consideradas una acción irrelevante para la ética social, culturalmente son indiferentes; los ilícitos administrativos se agotan en la desobediencia de los mandatos y prohibiciones establecidas por la ley, se trata de ilícitos puramente formales, que no se constituyen por la lesión o la puesta en peligro concreto de un bien jurídico como

⁴²⁸CEREZO MIR, José “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo”, ob.cit., pp. 159 y ss. Una de las primeras propuestas indicaba que los delitos del Derecho penal criminal serían delitos naturales del Derecho natural y los Delitos administrativos serían delitos artificiales o creados solo por la voluntad del Estado, esta primera distinción fue calificada como inadmisibles, porque al derecho no puede basarse sólo en la propuesta del *iusnaturalismo*.

⁴²⁹ CEREZO MIR, José, id., pp. 163 y s.

ocurre con los ilícitos penales, sino solamente por la lesión de un interés de la Administración. De manera que, la sanción administrativa no tendría un carácter retributivo o expiatorio como ocurre con la sanción penal, la sanción administrativa no sería expresión de un juicio valorativo ético-social, su único fin es apelar al desobediente y recordarle sus deberes a los ciudadanos.

De acuerdo a la posición cualitativa, la sanción penal está dirigida a todas las conductas que lesionan los bienes culturales de manera relevante, conductas que ocasionan una grave alteración en los bienes culturales como su destrucción o difícil reparación que son altamente intolerables social y éticamente; por lo que requieren de una represión penal. Mientras que la desobediencia de mandatos administrativos —consistente por ejemplo, en la omisión de trámite u autorización para desarrollar alguna actividad regulada por la ley, relacionada con un bien cultural—, será objeto de represión administrativa; porque la administración regula obligaciones y deberes para los propietarios y poseedores del patrimonio cultural de la nación. Entonces, el incumplimiento de éstos, constituye infracción administrativa, de conductas tolerables ética y socialmente, que se harán pasibles de sanciones menos drásticas —es el caso de, la obligación del registro de la posesión y/o tutela de bienes culturales, la obligación de comunicar su transferencia, entre otras— establecidas por la ley de la materia. Éstas no son conductas que puedan ser perseguidas por la sociedad, y cuya falta será sancionada únicamente por la administración, siempre que, no implique un riesgo o afectación sobre el bien cultural, caso contrario se requiera adicionalmente, una sanción penal⁴³⁰.

2.- Diferencia cuantitativa.

Las diferencias cuantitativas⁴³¹ deben trazarse tomando en cuenta la gravedad de las infracciones, así por ejemplo, desde el punto de vista material debe considerarse el desvalor ético-social y cultural del hecho y, tomando en cuenta la política criminal hay que orientar a la rapidez y eficacia de la sanción. En esa

⁴³⁰ CEREZO MIR, José, id., p. 164. En contra de ésta posición se pronuncia Cerezo Mir, a quien no le resulta convincente la teoría de que la diferenciación se haga por el criterio ético-social y culturalmente indiferente; según su parecer —el legislador— no establece mandatos y prohibiciones para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valiosa, o impedir la producción de un daño.

⁴³¹ CEREZO MIR, José, “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo”, ob.cit., pp. 159 y ss.

perspectiva, lo menos grave y tolerable socialmente, recibirá sanción administrativa como medida eficaz para la infracción; y, las (aún existentes) infracciones administrativas más graves deberían convertirse en delitos o faltas, o ser suprimidas⁴³² cuando coincidan con figuras delictivas existentes actualmente en el Código penal.

La diferencia del Derecho penal con otras ramas del Derecho no es solo cualitativa, sino también cuantitativa⁴³³; pues, la intervención del Derecho penal debe requerirse ante la necesidad de una mayor protección a la sociedad de ilícitos que encierran un injusto y una culpabilidad más elevada, merecedores de una pena. Pena que debe constituir el último recurso de protección y de orden social frente a los ataques relevantes; puesto que, su merecimiento lo determinan tres elementos: 1. *El valor del bien jurídico protegido*; 2. *La peligrosidad del ataque al objeto de la acción en que se encarna el correspondiente bien jurídico* (desvalor de la acción), el juicio de desvalor se produce en la forma y la intensidad de la agresión; y, 3. *El grado de reprobabilidad de la actitud interna del autor* (desvalor de la actitud interna), el hecho se hace sólo merecedor de la grave desaprobación moral cuando al propio tiempo resulta altamente inmoral. Decisivos son además, la entidad del perjuicio del objeto de la acción (lesión o puesta en peligro), la peligrosidad de los medios que el delincuente ha empleado y el grado de reprobabilidad de su actitud interna (dolo o imprudencia, motivos de hecho)⁴³⁴.

De manera que, no hay solamente una diferencia cualitativa, sino mas bien, *la distinción se basa en la entidad del ataque frente al bien jurídico*, e implica cuantificar el daño y establecer una escala de valores de mayor a menor o viceversa, en la que, conforme a los principios jurídicos, el Derecho administrativo regula y reprime las agresiones menos graves y el Derecho penal sanciona las agresiones más graves.

⁴³² CEREZO MIR, José, *ibíd.*, pp. 159 y ss. Gran parte de las faltas (del CP), podrían transformarse en infracciones puramente administrativas y otras, las menos, convertirse en delitos (Ejemplo: faltas de lesiones, hurto, estafa, apropiación, incendio y daños) que podrían perseguirse sólo a instancia de parte.

⁴³³ HEINRICH JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Vol. Primero, Ed. Bosch S.A., Barcelona, España, 1981, pp. 70s.

⁴³⁴ HEINRICH JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Vol. Primero, Ed. Bosch S.A., Barcelona, España, 1981, p. 72.

González Cussac manifiesta, cuando se trate de *bienes específicos de menor entidad, o no se haya producido lesión, o no exista dolo, etc.*, tiene que inclinarse por la represión administrativa, en todo caso lo decisivo en la diferenciación entre ilícito penal e ilícito administrativo debe ser, no sólo el contenido de injusto, el grado de lesividad, sino también los criterios de imputación de ese injusto⁴³⁵.

Ante éstas dos posiciones —cualitativa y cuantitativa—, nuestro planteamiento es adoptar ambas posturas; porque, si bien es cierto en los ilícitos contra el patrimonio cultural, no todos los bienes jurídicos son objeto de protección, no es absolutamente determinante la importancia del bien jurídico (postura cualitativa) para manifestar que una afectación sea reprimida penalmente; es necesario además observar el grado de afectación o lesión del bien jurídico (postura cuantitativa); de manera que, se convoque a ambos criterios para establecer un límite entre los tipos de responsabilidad penal o administrativa en los ilícitos contra los bienes del patrimonio cultural de la nación, sin olvidar los elementos del tipo, como la conducta desplegada, los medios empleados, el número de participantes, y que la afectación recaiga sobre el bien objeto de protección, etc.

En definitiva, no hay una frontera infranqueable para el legislador entre lo que debe declarar delito y lo que debe declarar infracción administrativa; entre lo que merece una pena de imposición judicial y lo que merece una sanción administrativa. La tendencia debe ser a reducir el ámbito de los delitos y a aumentar correlativamente la extensión de las infracciones administrativas, para esto varios factores actúan en esa dirección, la idea de que el derecho penal debe ser la *última ratio* y responder al *principio de mínima intervención* y, evitarla saturación de casos en los tribunales penales, por la posible inadaptación de procesos penales en la defensa de intereses generales, y la falta de preparación de los jueces penales para enjuiciar conductas en ciertos ámbitos⁴³⁶, como sería con las infracciones en contra del patrimonio cultural.

⁴³⁵GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el patrimonio cultural, ob.cit., pp. 311 y s.

⁴³⁶REBOLLO PUIG, Manuel y Otros, “Panorama del Derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos”, ob.cit., pp. 31 y s.

Los problemas surgen en la práctica cuando se elevan a la categoría de delito, simples infracciones disciplinarias⁴³⁷, o cuando las propias sanciones disciplinarias son incluso de mayor gravedad que las propias penas; resulta criticable la criminalización de dichos supuestos, cuando en la mayoría de legislaciones se trata de infracciones de carácter administrativo⁴³⁸.

Cuando la Constitución política, reconoce que el Estado debe proteger el patrimonio cultural de la nación, ésta labor debía obedecer a una política única de protección del patrimonio cultural de la nación; sin embargo cuando el legislador decide qué bienes y frente a qué ataques debe intervenir el derecho penal, se produce una incordinación en el ordenamiento jurídico respecto de los actos ilícitos y contra qué bienes culturales se castigaría, si con penas o con sanciones administrativas, lo que estaba ligado a la determinación de qué criterios se han utilizado para efectuar dicha delimitación y así, seleccionar coherentemente las conductas merecedoras de la sanción más grave, para la sanción penal⁴³⁹. Como ya se vio, ambas codificaciones siguen criterios diferentes, mientras el Código penal asume la protección mixta (general y especial), la ley del patrimonio cultural se adhiere a la protección general.

3.3. CONDUCTAS CON DOBLE REGULACIÓN NORMATIVA

Lo que corresponde aquí, es determinar si de la forma como está tipificado las infracciones a los bienes del patrimonio cultural de la nación; es correcta la responsabilidad asignada —penal o administrativa— o cuál debe ser su calificación.

⁴³⁷ GUISASOLA LERMA, Cristina, *Delitos contra el patrimonio cultural*, ob.cit., pp. 302 y s. Lo concerniente al patrimonio cultural italiano, se regula tanto el ordenamiento jurídico-administrativo como por el ordenamiento jurídico-penal, se originan las consecuentes discusiones acerca del ámbito correspondiente a cada uno ellos. Así, la mayoría de la doctrina italiana, como ya se dijo, entiende que gran parte de las disposiciones penales sancionan realmente meros actos de desobediencia administrativa, actos de inobservancia de una disposición negativa de la autoridad administrativa, o, al menos, con una estrecha vinculación al contenido de la disciplina administrativa. Resulta pues, sumamente criticable la criminalización de dichos supuestos, cuando en la mayoría de legislaciones se trata de infracciones de carácter administrativo. En esta dirección Ferrayoli denuncia como, uno de los factores de la crisis del derecho penal italiano ha sido provocado por una legislación aluvial que ha ampliado desmesuradamente la esfera de las prohibiciones penales, invadiendo sectores de naturaleza propiamente administrativa, aumentándose incontroladamente los delitos contravencionales, a menudo consistentes en meras desobediencias.

⁴³⁸ GUISASOLA LERMA, Cristina, *ibíd.*, p. 302.

⁴³⁹ GUISASOLA LERMA, Cristina, *id.*, p. 298.

a) Extracción de Bienes culturales

Recordemos que *extraer* consiste en sacar o retirar bienes, siendo irrelevante el medio o forma material en que se efectúe. La conducta propiamente consiste en extraer del país bienes del patrimonio cultural, hecho que se encuentra prohibido salvo, los casos excepcionales en los cuales la extracción tiene como destino —la exhibición científica, artística, cultural, estudios especializados y para fines de restauración— de los bienes culturales; de manera que el tenedor o propietario, tiene la obligación de obtener el permiso respectivo a fin de sacar del país los bienes culturales.

Ahora bien, la conducta de *extracción de bienes culturales* se encuentra tipificada en la norma penal y en la norma administrativa de la siguiente forma: en la Norma especial: *Multa, incautación o decomiso, cuando corresponda, al tenedor y/o propietario de un bien integrante del patrimonio cultural de la nación cuya salida se intente sin autorización o certificación que descarte su condición de tal* (art. 49.c, Ley N° 28296); en tanto que la Norma penal se regula en dos tipos: 1. *Él que extrae del país o comercializa bienes del patrimonio cultural prehispánico o no los retorna de conformidad con la autorización* (art. 228 C.P.); y, 2. *Él que extrae del país o comercializa sin autorización bienes culturales previamente declarados como tales, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país conforme la autorización que le fue concedida* (art. 230 C.P.).

El incumplimiento de la prohibición de extracción de bienes culturales regulado por los dos tipos de normas, puede ser de dos formas: *primero* cuando la extracción de los bienes culturales se haga para fines distintos a los exceptuados por la ley, por ejemplo una compra-venta de los bienes; y, *segundo*, cuando la extracción de los bienes culturales se hace para fines exceptuados por la ley, pero no se cuenta con la autorización respectiva. En la primera modalidad, donde la *extracción se realiza para objetivos distintos a los señalados en la ley* (estudio, exhibición y restauración), se vulnera la prohibición administrativa general de sacar los bienes culturales fuera del país para intereses diferentes —supuestamente ilícitos—. No olvidemos que los bienes culturales son bienes colectivos; por consiguiente, la conducta se configura en ilícito, cuando adicionalmente se atenta contra la *función social* de los bienes culturales al desligar dichos bienes de la sociedad, es el caso de una compra-venta que ocasiona que el bien deje de proporcionar información a la sociedad sobre el origen de sus

ancestros y rompe la secuencia histórica de la nación. Hecho que constituye una afectación grave al patrimonio cultural de la nación, porque la existencia de fines distintos a los señalados por la ley, posibilita que los bienes culturales no sean retornados al país. Con éste análisis la tipificación penal sobre esta modalidad de conducta sería la más indicada.

En la segunda modalidad de conducta, referida a la *extracción de bienes culturales para los fines establecidos por la ley* —fines lícitos—, pero efectuados *sin contar con la autorización respectiva*; consideramos que la infracción se encuentra en el incumplimiento de la obligación de obtener la autorización administrativa respectiva para la extracción de bienes culturales, señalada por la ley; pues, con la conducta no se afecta al bien cultural en su *función social* porque la extracción será temporal; ni tampoco existe algún desmedro material sobre el mismo; se trata solo de una trasgresión de la norma administrativa, que en nuestra opinión su represión debe ser en el mismo ámbito administrativo.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta, aspectos consistentes en la antigüedad del bien cultural, la cantidad de bienes extraídos, el destino de la extracción y el objeto de la extracción, para efectos de imposición de la sanción. Finalmente podemos concluir que en tanto se produzca una vulneración del mandato administrativo, la sanción debe ser administrativa por tratarse de una afectación mínima, pero si la afectación es a la función social del bien, la sanción debe ser penal.

Como manifestamos, la conducta se encuentra tipificada simultáneamente en la Ley de Protección del Patrimonio Cultural (Ley N° 28296) y en la norma penal (art. 228 y 230 C.P.), ambas normas difieren según su redacción literal, por el instante de la comisión de la infracción. Mientras la norma especial sanciona el *intento de salida*, cuando no existe una autorización de por medio o no se cuenta con una certificación que descarte la condición de patrimonio cultural de los bienes que saldrán del país; pero, que aún no salieron. La norma penal reprime la extracción, es decir, se requiere *que los bienes culturales hayan salido del territorio nacional*, porque la norma textualmente dice: el que extrae. Aunque la figura del intento de salida, puede ser sancionada como una tentativa penal, no siendo necesario que exista una doble regulación. Consiguientemente la extracción de bienes culturales fuera del territorio nacional se

configura en infracción cuando se realiza sin contar con la autorización respectiva, o cuando contando con la autorización el destino de los bienes culturales es distinto a los fines señalados en la autorización.

Sin embargo, consideramos que lo que se produjo fue un error en la redacción, no olvidemos que el interés de la norma administrativa es el cumplimiento del mandato, en este caso la obligación administrativa consiste en la obtención de una autorización o certificación de descarte; en esa medida, creemos que si hay un intento de salida sin contar con los requisitos administrativos la sanción debe ser administrativa; de igual forma, si hubo una extracción de bienes culturales para fines legales, pero se produjo sin la autorización, debiera darse una sanción administrativa. Pero cuando los fines de la extracción son ilícitos sea que los bienes hayan salido o estén por salir, la sanción debe ser penal. En tanto no se corrija la redacción y sentido de las normas, un intento de salida se reprime con multa; y una extracción así sea para fines lícitos se sancionara con privación de libertad.

b) Excavaciones en sitios arqueológicos

Recordemos que la *excavación en sitios arqueológicos* consiste en la remoción de terrenos, apertura de zanjas u hoyos, con la finalidad de obtener *bienes culturales prehispánicos* (pre-incas e incas), restos que frecuentemente se hallan en diversas capas del subsuelo; razón por la cual, resulta difícil que la conducta se concrete sobre bienes pertenecientes a la época posthispánica⁴⁴⁰, en atención a su naturaleza y antigüedad. Sin embargo, hay que manifestar que el acto de *excavación* resulta complejo en determinados terrenos del territorio nacional⁴⁴¹, donde casi todos cuentan con infinidad de vestigios culturales.

⁴⁴⁰Entre los bienes muebles posthispánicos, de acuerdo a lo que establece la Ley N° 28296 LGPCN (art. 1), podemos destacar pinturas, lienzos, esculturas, libros, documentos, fotos, sellos, monedas, herramientas, ornamentos de uso litúrgico, armas, entre otros; los mismos que se encuentran en custodia y/o posesión de iglesias, museos, gobiernos municipales, regionales, instituciones públicas (universidades, centros educativos, las fuerzas armadas, etc.), empresas particulares como el caso hoteles y en posesión y/o propiedad de particulares que se encargan de su cuidado y protección, pero difícilmente enterrados, salvo aquellos que se encuentran en cementerios.

⁴⁴¹Un caso especial constituye la ciudad del Cusco, donde en ocasiones de apertura de terreno se topan con construcciones incas o preincas y hasta con la presencia de bienes muebles.

Pero, debemos destacar cuando las excavaciones son lícitas estas constituyen *una ventana abierta a la historia*⁴⁴², pues los sitios arqueológicos son recursos no renovables en los que sólo se puede excavar una vez; si no se efectúan correctamente, se puede alterar o destruir los objetos que guarda el sitio, e inclusive afectar el espacio arqueológico y natural que lo rodea; y, consecuentemente se pierde la información de manera irremediable, privándose a la sociedad de un mayor conocimiento sobre sus antepasados.

La conducta evidencia la concurrencia de infracciones e ilícitos, de ahí la necesidad de demarcar límites de responsabilidad entre estos dos. Comencemos con la norma especial⁴⁴³ que a la letra dice: *Multa a quien promueva y realice excavaciones en sitios arqueológicos o cementerios, (...) sin tener la autorización correspondiente del INC (Ministerio de Cultura) o la certificación que descarte la condición de bien cultural, (...)*; la norma regula dos situaciones: 1. *Lapromoción de la excavación*, que la veremos más adelante y, 2. *Lapropia excavación* que debe contar con las condiciones establecidas en la ley. Por su parte la Ley penal⁴⁴⁴ señala: *él que sin autorización excava o remueve monumentos arqueológicos prehispánicos (...), será reprimido con pena privativa de libertad*; conducta que recae propiamente sobre *bienes culturales inmuebles*, aunque la norma precisa aún más y manifiesta que se trata de *monumentos arqueológicos prehispánicos*.

Comencemos indicando que una de las condiciones repetidas en ambas normas es *la autorización*, que abarca la realización de trabajos de prospección, estudios de localización de la zona a excavar⁴⁴⁵, entrega de proyectos, lista de personal capacitado y recursos técnicos especializados, planes de supervisión y otras actividades que debe presentarse al órgano administrativo respectivo para el inicio de una excavación arqueológica responsable; y, simultáneamente preservar los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación. Pues, una excavación desarrollada sin la autorización

⁴⁴² BECERRIL MIRO, José Ernesto, *El Derecho del patrimonio histórico-artístico en México*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 31. Observaciones acerca del saqueo de Jenny Doole de la Universidad de Cambridge.

⁴⁴³ Ley 28296 Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, art. 49.1 inc. e) del Título VI Sanciones Administrativas.

⁴⁴⁴ Código penal, D. Leg. 635, art. 226 del Título VIII Delitos contra el Patrimonio Cultural en la modalidad de Atentados contra Monumentos Arqueológicos.

⁴⁴⁵ HERNANDEZ, FRANCISCA, *El patrimonio cultural: la memoria recuperada*, ed. TRES S.L., España, 2002, p. 50.

correspondiente, tiene efectos materiales negativos e inmediatos sobre el terreno y los bienes muebles contenidos en su interior; todo esto constituye un elemento más a considerar al momento de establecer el tipo de responsabilidad; pues, las secuelas de una excavación son físicas y pueden llegar a calificarse inclusive como alteración de bienes culturales, no olvidemos que los efectos de la excavación se miden por la extensión del terreno aperturado, los instrumentos y métodos empleados; consecuencias que pueden ser mínimas o graves, y sobre los que hay que establecer un tipo de responsabilidad.

Las excavaciones se realizan sobre terreno con presencia de restos culturales; sin embargo, hay que señalar que el principal problema para establecer un límite lo encontramos en el *objeto material que comprende cada una*. La infracción administrativa habla de dos tipos de bienes inmuebles, *sitios arqueológicos o cementerios* y; la norma penal tipifica la conducta producida sobre *monumentos arqueológicos prehispánicos*; cuando en realidad existe un número mayor de bienes inmuebles reconocidos por la ley⁴⁴⁶ —*los edificios, obras de infraestructura, ambientes y conjuntos, monumentos, centros históricos y demás construcciones, o (terrenos con) evidencias materiales*; a los que hay que sumar *los yacimientos, restos arqueológicos, monumentos, lugares* aludidos por nuestra Constitución (art.21)—, en los que son viables las excavaciones ilegales⁴⁴⁷. Por esta razón consideramos que la mención que hacen ambas normas resulta excluyente de los bienes inmuebles referidos; problema que tiene sus orígenes en la falta de uniformidad en la redacción de la legislación nacional y en la concepción de patrimonio cultural y la clasificación del mismo.

⁴⁴⁶Ley 28296, Ley general del patrimonio cultural de la nación, Art. 1.1. Bienes materiales, 1.1. Inmuebles, del Título I Bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, Capítulo I Disposiciones generales.

⁴⁴⁷Sentencia Absolutoria N° 2005-674-JP-04 (14/11/06) de la Corte Superior del Cusco y Cotabambas; por la realización de trabajos clandestinos de remoción y excavación de tierras en un inmueble ubicado en la Zona Arqueológica de Marcavalle, declarada por Resolución Jefatural N° 626 del 29/08/90. En su fundamento jurídico de la absolución señala textualmente: (...) la sola falta de autorización del INC no puede justificar de forma alguna una sentencia condenatoria. Así pues en primer término debe verificarse la realización de los verbos rectores, es decir depredar, excavar o remover, comprobada la existencia de los mismos, debe verificarse el objeto de la conducta para el caso de análisis “los yacimientos prehispánicos”, sobre esta terminología debe tenerse en cuenta que la calificación de este tipo penal como un tipo penal en blanco es un tanto discutible, tanto por la posibilidad que existe de interpretar este concepto como un concepto valorativo como por la falta de técnica legislativa al momento de determinar la norma de remisión y en su caso el contenido de la referida norma de remisión, pues conforme se puede verificar del Reglamento de Investigaciones Arqueológicas R. S. N° 004-2000, lejos de utilizar el término de yacimientos arqueológicos utiliza el término monumento arqueológico, generando indeterminación al momento de calificar la conducta, indeterminación que debe abonar a favor del procesado (...), la sentencia no exceptuó de la responsabilidad administrativa que debía verificarse por los cauces respectivos.

Ahora bien, cuando el ordenamiento jurídico señala como objetos de infracción — *excavaciones en sitios arqueológicos o cementerios* en la norma administrativa y *excavación en monumentos arqueológicos prehispánicos* en la norma penal—, hace presumir que se trataría de dos conductas diferentes y difícilmente se conciliaría un *ne bis in idem*, por falta de identidad del objeto desde el punto de vista de una interpretación literal de las normas, siendo que mas bien se produce un problema de redacción. Pues como señalamos, la Constitución y la Ley especial (art. II Título preliminar de la Ley N° 28296) establecen como objeto de protección general, a los bienes culturales muebles e inmuebles, con mención de una lista amplia en éste último caso, razón por lo que, creemos que si ambas normas utilizaran una sola denominación de *bienes inmuebles*, podría producirse un *ne bis in idem* en función de la identidad del objeto del delito.

Dependerá del tipo de interpretación que se le dé a la norma, si ésta es literal, como suele ocurrir en la actualidad, no sólo no hay una vulneración del *principio denen bis in idem*, sino queda impune excavaciones clandestinas efectuadas en inmuebles post hispánicos y algunos otros prehispánicos —como los basureros arqueológicos y yacimientos— que pueden contener importante y valioso material cultural; por no ser nominados como objeto material de protección en la norma penal y en la parte sancionadora de la Ley N° 28296.

Un ejemplo claro de una interpretación literal que releva de responsabilidad a determinadas excavaciones, creando peligrosamente situaciones de impunidad es el proceso 2005-674 de la Corte Superior de Cusco y Cotabambas; en el cual se procesa judicialmente por excavaciones en la Zona Arqueológica de Marcavalle, declarada patrimonio cultural intangible por Resolución Jefatural N° 626 del 29 de agosto de 1990. Pues, en la fundamentación jurídica de la sentencia en primera instancia (14 de noviembre del 2006), uno de sus extremos se apoya para la absolución del caso en la *indeterminación conceptual del objeto de la conducta* (art. 226 CP), según el cual el objeto lo constituyen los *monumentos arqueológicos prehispánicos*; asimismo el juzgado acoge el concepto del Reglamento de Investigaciones Arqueológicas (R.S. N° 004-2000) que también utiliza el término *monumento arqueológico*, —nótese que la norma que debió considerarse era la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley N° 24047 vigente en el tiempo y, que enumera una lista de inmuebles

como objeto material de protección en el que se encuentra los yacimientos arqueológicos, zonas arqueológicas, etc.—. Nuestra opinión es que estos criterios no sólo son peligrosos para efecto de calificación de las conductas delictivas y la imposición de sanciones; la indeterminación legislativa sobre las denominaciones otorgadas a los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, no puede ser causa de impunidad, son errores descriptivos de la norma que exigen una corrección en el ordenamiento jurídico en general.

En conclusión debemos indicar, primero que de conformidad con los fines de la norma administrativa ya revisados, el sentido del mandato administrativo es el *cumplimiento de la norma*; eso significa, que para efectuar excavación en sitio arqueológico o cementerio, debe previamente obtenerse la autorización que lo permita, o caso contrario obtenerse un certificado que descarte la presencia de bienes culturales del lugar donde se pretende excavar, siempre que exista sospecha de la existencia de estos. Por lo que, la vulneración de la norma administrativa consiste en la omisión del trámite administrativo fijado, para el desarrollo de la excavación en sitios que contiene o se presume la presencia de bienes culturales de la nación. A nuestro parecer, la norma administrativa en efecto, debe sancionar cuando se incumple con los trámites para desarrollar cualquier tipo de excavación sobre bien o terreno que contenga vestigios, piezas o restos culturales, y tal como lo señala la norma sin perjuicio de la sanción penal. Hay que hacer notar que cuando nos referimos a cualquier tipo de excavación, anotamos desde las más simples a las más complejas sea por los instrumentos utilizados o por la dimensión del terreno aperturado, claro está que la ley debiera hacer una marginación del tipo de excavaciones para efectos de la sanción a imponer.

Por su parte, la norma penal tiene como objeto de protección, la *lesión o puesta en peligro del bien jurídico patrimonio cultural*, y habiendo manifestado anteriormente que este delito es de resultado; para su sanción, se requiere que la lesión sea material, que ocasione algún tipo de daño físico al bien cultural, aunque simultáneamente cause una afectación a la función social del bien. De manera que, la falta de autorización no es suficiente para efectos de su represión penal; pues, una excavación arqueológica aún con autorización, es factible de ser sancionada penalmente si se lesiona físicamente el patrimonio cultural (culposamente) o se provoca un desmedro en su

función social. Consecuentemente, consideramos que la *autorización* no debe constituir un elemento determinante en la calificación de éste tipo penal en particular, que protege su preservación, su adecuado estudio y puesta en valoración.

Lo que se produce mas bien es una vulneración del *principio de proporcionalidad*, porque la sanción administrativa impone una multa por *excavar en sitios arqueológicos o cementerios*, sanción que resulta irrisoria frente a la sanción penal de privación de libertad fijada por *excavaciones efectuadas en monumentos prehispánicos*. Pues, para nosotros, no se trata de una doble regulación, sino una errada conceptualización de los bienes inmuebles del patrimonio cultural. Como dijimos líneas arriba, hay un mismo espíritu, porque ambas normas intentan proteger el patrimonio cultural de excavaciones; la norma administrativa exigiendo autorización o certificado de descarte de la existencia de bienes culturales y la norma penal reprimiendo la lesión física que pudiera darse sobre los bienes culturales en excavaciones no autorizadas o autorizada (esta última no contemplada). Finalmente consideramos que la condición respecto a la obtención de autorización sólo debe ser requerida para el ámbito administrativo, en vista de que la afectación no es grave y no amerita la represión penal como medida eficaz. Inclusive la sola *excavación* no es suficiente para la imposición de una sanción penal, debe evaluarse: la afectación social, el daño físico o alteración que ésta pueda producir al bien cultural; en el entendido que la sanción penal debe ser *última ratio*, debe exigirse un daño material trascendente que reste considerablemente la función social y el valor social del bien cultural, de lo contrario la conducta desplegada debe ser pasible únicamente de sanción administrativa.

Otro aspecto importante de la legislación penal, es que la conducta de *excavación* se encuentra regulada conjuntamente con otras conductas —*exploración y remoción*—, que así, como individualmente constituyen ilícito, estratégicamente en conjunto dan cabida a un ilícito mayor, el *tráfico ilícito de bienes culturales* cuya lesión va dirigida a la *función social* de los bienes culturales, conducta que no está tipificada por nuestra legislación penal; pero, requiere su urgente regulación.

c) Promoción de actividades en contra del Patrimonio cultural

Repasemos a la *promoción* la conceptualizamos como el acto de: *impulsar, motivar, instigar* la investigación arqueológica en el campo legal o *estimular* la depredación del patrimonio cultural en el campo ilícito; es una actividad que se da fundamentalmente a través del apoyo económico o el financiamiento en acciones de excavación, remoción de terrenos y exploración; contribuye también, la facilitación de medios e instrumentos (herramientas) que permitan la excavación. Asimismo, considerando los aportes de Peña Cabrera, hay que reconocer que en la promoción es factible comprender a la *organización y dirección* de las labores de excavación; por cualquiera de estas formas se puede predisponer a la comisión de un delito contra los bienes culturales.

La *promoción de excavación de bienes inmuebles del patrimonio cultural*, al igual que las conductas precedentes cuenta simultáneamente con una tipificación en la norma administrativa y en la norma penal, de la forma siguiente:

La norma especial⁴⁴⁸ señala que habrá: *Multa a quien promueva y realice excavaciones en sitios arqueológicos o cementerios, (...) sin tener la autorización correspondiente del INC o la certificación que descarte la condición de bien cultural (...)*. Por su parte la norma penal en el art. 227 manifiesta: *Él que promueve, organiza, financia o dirige grupos de personas para la comisión de los delitos previstos en el artículo 226, será reprimido con pena privativa de libertad (...)*.

La *promoción de excavaciones arqueológicas* no es una actividad prohibida o que se deba prohibirse, es más, la ley debiera promover su incremento, siempre que sea de carácter científico y se desarrolle dentro del marco legal. Ahora conforme a lo establecido por las normas precedentes, debemos manifestar que la *promoción* no es un acto que tenga una tramitación especial o por separado, mas bien, se encuentra implícita en la autorización que se solicita y posteriormente se concede por la autoridad al proyecto de excavación, en la que debe quedar sustentado su finalidad, financiamiento, organización y dirección entre otros aspectos.

⁴⁴⁸Ley 28296 Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, art. 49.1inc. e) del Título VI Sanciones Administrativas.

La conducta infractora y delictiva de la *promoción* se encuentra en la excavación de inmuebles; pues, la conducta analizada puede darse de forma individual o en forma conjunta con otras acciones (excavación, asentamiento, hurto, comercio, etc.), en este caso la promoción y excavación son acciones que van juntas y; en efecto, sólo si hay ilicitud en la segunda se reprimirá la primera.

Entre las diferencias tenemos: la ley especial reprime aquellas actividades que se efectúan *sin autorización respectiva o sin certificado de descarte*; es decir, se produce un incumplimiento de la norma, ocasionando una multa para el que efectúa la excavación y el que promocio la misma. También es viable la sanción administrativa, si la autorización estuviese incompleta o tuviese alguna irregularidad, o el caso que se produzca una afectación material mínima sobre el bien cultural.

Por otra parte, en la norma penal la acción de *promoción* va acompañada de otras acciones como la —*organización, financiamiento o dirección*— que son las modalidades por las que se produce la *promoción* y con las cuales actúa simultáneamente sobre un conjunto de actos ilícitos como: la *excavación, exploración, depredación* entre otros. De manera que, la *promoción* no es una actividad aislada.

En la norma penal sólo se reprime la *promoción* cuando se produce conjuntamente con determinadas actividades —*asentamiento, depredación, exploración, excavación o remoción no autorizada*— suscitada en *monumentos arqueológicos prehispánicos* (art. 226 C.P.). Con dicha redacción nuevamente se incide en un solo objeto material de protección de los *monumentos*, dejando desprovista de represión conductas de este tipo, en otros inmuebles culturales pre hispánicos y en inmuebles del patrimonio cultural post hispánico (art. 230 del C.P.), las mismas que tienen similar valoración para la Constitución política y la Ley especial. Esta situación se repite en la norma especial que tipifica como infracción las acciones recaídas únicamente en *sitios arqueológicos o cementerios*, que conforme venimos señalando son formas de crear impunidad en acciones en contra de nuestro patrimonio cultural de la nación.

Inclusive la conducta de promoción sola puede constituirse en un acto preparatorio de la comisión ilícita de *excavación*, que podría sancionarse como tentativa penal del delito de excavación de bienes del patrimonio cultural de la nación, si se ejecutan

acciones materiales para la realización de una excavación ilícita de terrenos que comprenden patrimonio cultural o son patrimonio cultural.

Finalmente, debemos manifestar que el art. 227 del C.P. debiera ser aplicable a todos los tipos descritos en el capítulo de delitos contra bienes culturales, ampliándose a otras actividades ilícitas tan o más importantes que la *excavación de terrenos inmuebles*; es el caso del *hurto, robo*⁴⁴⁹, *receptación, comercialización, destrucción*⁴⁵⁰ entre otros; porque existen personas naturales y jurídicas que financian, dirigen; es más, en ocasiones se ha denunciado la oferta de bienes culturales por catalogo a pedido del cliente y esta conducta es una forma de *promoción* y en éste tipo de actividades se debe sancionar penalmente sin que necesariamente se tenga que comprobar la lesión sobre los bienes culturales, bastará la puesta en peligro. Sin embargo la *promoción* forma parte de una figura más compleja y grave que no se encuentra regulada en nuestra legislación es el *tráfico ilícito de bienes culturales*⁴⁵¹, en la cual se presentan otras actividades delictivas como la excavación, hurto, robo, receptación y otras que son delitos medios para el tráfico de bienes culturales.

Como conclusión, en primer lugar, debemos señalar que la conducta de *promoción* por sí sola no es punible, ni administrativa, ni penalmente; se va a configurar la infracción o el ilícito cuando una segunda conducta se ejecute o esté por ejecutarse, es decir una excavación, exploración, depredación, hurto, robo, comercialización, etc., de bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación. En segundo lugar, es posible

⁴⁴⁹Las acciones de hurto y robo, tiene mucho que ver con el tráfico de comercio internacional de piezas del patrimonio cultural de la nación, las mismas que de igual forma reciben un incentivo económico para su sustracción ilícita de sus lugares oriundos como iglesias, museos.

⁴⁵⁰La destrucción del patrimonio cultural constituye el medio para alcanzar el desarrollo y la modernización de las empresas privadas y en ocasiones del Estado, en los últimos años normas de promoción y desarrollo del turismo han constituido serios atentados al patrimonio cultural, al facilitar la construcción privada (hoteles, restaurantes entre otros), con el interés de dar la mayor facilidad a la inversión privada a costa de la desaparición del patrimonio cultural.

⁴⁵¹Un delito que trasciende fronteras en relación al patrimonio cultural, es el tráfico de bienes culturales el mismo que no es regulado con ese nombre en nuestra legislación, sin embargo si reconocido por la doctrina internacional, el mismo que implica la intervención de una serie de actividades ilícitas desarrollada por organizaciones, pero por la deficiente regulación en la protección del patrimonio cultural se contribuye en la impunidad de dichas acciones ilícitas. Es el caso de la denuncia por el robo de unos lienzos de la escuela cuzqueña de la iglesia de Tongobamba, Provincia de Oropesa, Departamento del Cusco, bienes culturales que fueron promocionados y puestos en venta a través de una página de Internet en el extranjero, denuncia que fue archivada porque al tratarse de bienes posthispanico se le exigió el requisito de la declaración, la cual lamentablemente no lo tenía; pero en el supuesto de admitirse la denuncia posiblemente solo hubiese procedido por comercialización, sin embargo al tratarse de una organización era de imaginarse que hubo una promoción y financiamiento en la obtención ilícita del bien cultural, como ocurre con varios bienes culturales, conducta que quedaría impune porque sólo alcanza a las infracciones del art. 226 C.P.

que se regule simultáneamente la *promoción* y la *excavación* de bienes inmuebles, tanto administrativamente como penalmente; siendo necesario que se establezca en la ley los elementos que los distingan. Ahora bien, de la forma como está regulado, no existe vulneración del principio *ne bis in idem*, en vista de que no se produce coincidencia en la identidad del objeto —mientras la norma administrativa refiere a *sitios arqueológicos o cementerios* integrantes del Patrimonio cultural de la nación, la norma penal menciona a los *monumentos arqueológicos prehispánicos*.

Respecto al establecimiento de criterios para señalar responsabilidades, debemos indicar que por invocación de los *principios de mínima intervención y proporcionalidad* debe recurrirse al Derecho penal para los atentados graves al patrimonio cultural de la nación. De acuerdo a esta posición, nuestro parecer es que, las conductas lesivas al patrimonio cultural que cuenten con *promoción*, serán infracciones administrativas una vez iniciada o por iniciarse la excavación y no se cuente con la autorización respectiva o exista alguna irregularidad en la obtención de la misma que amerite una subsanación, siempre que no se haya ocasionado un daño serio a los bienes muebles contenidos en el interior del terreno, o se produzca una grave alteración del terreno mismo. Pero, cuando se producen afectaciones principalmente físicas que pongan en riesgo su aún existencia, mediante su destrucción o alteración, o se cree una situación de pérdida de la fusión social del bien cultural, debe imponerse las sanciones del Derecho penal, tanto para los actores directos que actúan (excavando) sobre los bienes culturales y para los agentes que promueven estas actividades, porque todos estamos obligados a velar por la protección y preservación del patrimonio cultural.

d) Alteración de Bienes culturales

Por *alteración* se entiende, el acto de *cambiar la esencia o forma de algo, transformar, estropear, dañar, ocasionar un menoscabo a los bienes culturales*, que debe ser preferentemente físico, aunque algunos autores manifiestan que puede ser social, en ese sentido atañe ampliar sobre estos dos tipos de alteraciones, para definir el tipo de responsabilidad que les corresponde.

Comencemos describiendo la *alteración de la función social* de los bienes integrantes de la nación por medio de un ejemplo; es el caso de las construcciones modernas que

obstruyen la visibilidad de inmuebles culturales, se suele presentar en los sitios catalogados como Centro histórico, alteración muy reprochable porque modifica el *paisaje cultural*. A nuestro entender esta conducta es leve porque sus efectos son reversibles, no ocasionan pérdida del bien cultural y con la imposición de un sanción administrativa de paralización y/o demolición de una obra moderna, se recupera la función social del bien o bienes culturales afectados. Contrariamente una *alteración física* puede ser leve, grave, hasta comprometer la existencia del bien cultural, por lo que tiene que evaluarse su restauración, importancia del bien y otros criterios para establecer el tipo de responsabilidad que corresponde, pudiendo ser administrativa y/o penal; de manera que resulta conveniente analizar los diferentes niveles en que se puede presentar la alteración, para ayudarnos a delimitar el tipo de responsabilidad.

La *alteración* se encuentra regulada —simultáneamente— en la norma penal y administrativa, en redacciones que no difieren mucho; pues, la Ley especial⁴⁵² considera como infracción a la *alteración de bienes inmuebles integrantes del Patrimonio cultural de la nación* (que se efectúan) *sin tener la autorización correspondiente del INC o la certificación que descarte la condición de bien cultural*. La particularidad de ésta norma es la tutela general que adopta sobre los bienes culturales inmuebles al comprender a todos sin hacer distinciones según antigüedad o discriminar algún inmueble, hecho que es importante porque la sanción administrativa es igual para un inmueble de la época pre-inca y uno de época colonial o posterior; la infracción administrativa consiste en el incumplimiento de los requisitos exigidos para una alteración lícita —las alteraciones o modificaciones de inmuebles culturales públicos y privados, están permitidas siempre que se efectúe dentro del marco legal, es decir contando con autorización y supervisión del organismo competente, antes INC hoy Ministerio de Cultura—, entonces las alteraciones efectuadas sin autorización serán merecedoras de sanción administrativa.

Por otra parte la norma penal tipifica la *alteración* en dos artículos atendiendo la antigüedad de los bienes culturales; en el art. 228 del C.P. tipifica la *alteración de bienes del patrimonio cultural prehispánico* en la que impone como pena principal la privación de libertad por no menos de tres años, ni mayor de ocho años; y, el art.

⁴⁵²Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, art. 49.1. inc. e), Título VI de las Sanciones Administrativas.

230 del C.P. señala, *el que altera sin autorización, bienes culturales previamente declarados como tales distintos a los de la época prehispánica*, es sujeto de una pena privativa de la libertad no menor de dos años, ni mayor de cinco años, como pena principal. A diferencia de la norma administrativa, la ley penal clasifica a los bienes culturales en atención a su antigüedad, dividiéndolos en bienes de la época prehispánica y bienes de época diferente a la prehispánica, esta diferenciación sirve para establecer una estratificación entre ambos tipos de bienes, puesto que, los ilícitos contra los bienes más antiguos (prehispánicos) cuentan con penas más elevadas que los bienes culturales de épocas posteriores a la prehispánica. La norma refiere que estas alteraciones serán reprimidas si no cuentan con el permiso respectivo de la autoridad encargada; sin embargo, la ilicitud de la conducta está basada en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, la misma que se exterioriza a través de un daño físico o material que puede darse en diferentes niveles.

Como se verá, ambas normas contienen la infracción de *alteración de bienes culturales*, y conforme anotamos líneas arriba, esto se puede producir en diferentes grados o dimensiones como: *leve, grave o muy grave*; particularmente tratándose de una afectación física al bien cultural. La fijación de estos criterios permite determinar de manera proporcional la responsabilidad en las conductas que afectan los bienes culturales. Pero hay que señalar que la norma penal regula conjuntamente con la *alteración*, las conductas de *destrucción, extracción, comercialización*, imponiéndose la misma sanción de manera desproporcional para todos, esto sucede cuando en algunas de ellas se presenta una grave afectación al patrimonio cultural en relación a otras, como el caso de la *destrucción* que implica una pérdida física del bien, mientras una *alteración* puede resultar grave o leve, pero se conserva la existencia del bien cultural.

La determinación de una *alteración leve, grave o muy grave*, se puede medir por la capacidad de recuperación o restauración del bien establecido por los peritos, que implica la dificultad de encontrar; los medios materiales para su restauración, el mismo trabajo de restauración, los gastos, la importancia o magnitud del bien cultural, entre otros aspectos. De manera que, cuando se ocasione demandas mínimas en lo referido, podrán ser calificadas como *alteraciones leves*; en tanto las que demanden mayores esfuerzos en la restauración, serán *alteraciones graves*; pudiendo

considerarse como *alteraciones muy graves* aquellas donde aún se cuenta con la existencia física del bien, pero de imposible restauración y consiguiente pérdida de su función social porque ya no podrá brindar información histórica; debiendo considerarse como *alteraciones graves o muy graves* la alteración dolosa realizada por los sujetos garantes de la custodia, preservación y protección de los bienes culturales.

Pues, al no establecerse mayores precisiones en la legislación nacional en relación a la alteración de bienes culturales; las *alteraciones graves* corren el riesgo de ser sancionadas con una simple multa y se produzca vulneración del *principio de proporcionalidad* e inclusive una impunidad del hecho. Pero también, existe la posibilidad de que se presente una vulneración del *principio de ne bis in idem*, claro está que, de producirse vulneración del indicado principio, lo correcto es que si se inicia primero el proceso penal, no habrá lugar para el administrativo, porque éste contiene una sanción de privación de libertad y de multa; pero, si se inicia con el proceso administrativo y amerita un proceso penal se deberá paralizar el administrativo, para continuar en caso no exista igualdad en los fundamentos de los procesos.

En conclusión, la alteración de bienes culturales será una infracción administrativa cuando se trate de un menoscabo a la función social de los bienes, y es posible también cuando se produzca una lesión material leve en el bien cultural; en tanto hablaremos de responsabilidad penal cuando exista de por medio una lesión física grave que afecte seriamente la estructura del bien cultural o ponga en riesgo su existencia.

3.4. TOMA DE POSTURA

Las infracciones en contra de los bienes integrantes del patrimonio cultural requieren que tengamos no sólo una clara delimitación del tipo de responsabilidad que corresponde —penal o administrativa—, sino, es necesario también revisar las sanciones establecidas, en otros términos establecer qué tipo de sanción debe primar en este tipo de acciones antisociales y los conceptos claves que se deben manejar en la legislación sobre el tema.

Pero, porque el interés en estudiar los Delitos culturales a partir de la necesidad de delimitar responsabilidades en las infracciones, esta pregunta la respondemos acudiendo a una explicación que manifiesta el Ministerio de Cultura⁴⁵³ en su labor de protección del patrimonio cultural en la que señala: *“La cultura desempeña un papel importante en las políticas de Estado, como elemento integrador de la sociedad y generador de desarrollo y cambio, orientado al fortalecimiento de la democracia con activa participación de la ciudadanía inspirada en valores fundamentales que conlleven a la convivencia pacífica y a la integración nacional”*. Es esta la importancia que nos lleva a analizar la legislación nacional y sus deficiencias.

Si bien es cierto que el bien jurídico *“patrimonio cultural”* es nuevo porque recién fue reconocida la obligación de su protección en la Constitución de 1979; constituye un bien jurídico social fundamental en la existencia de la sociedad y sólo en la medida en que se produzca un peligro inminente y real, de su destrucción o desaparición —situación que representaría la destrucción de la herencia de nuestros ancestros—, resulta más que justificable la imposición de sanciones penales (última ratio); como ocurrió en los innumerables conflictos bélicos y la última guerra mundial (1939-1945) durante los cuales se destruyó patrimonio cultural de la humanidad, hasta que intervino la UNESCO con recomendaciones a través de Convenciones, sobre la necesidad de preservar aún en conflictos⁴⁵⁴ el patrimonio histórico y/o cultural de los pueblos. Hasta hoy en día que contamos con conductas contra bienes culturales que son parte de la actividad cotidiana de organizaciones delictivas, que revisten una alta peligrosidad porque se corre el riesgo de perder el patrimonio cultural para las futuras generaciones; casos específicos en los que es indispensable su represión penal. Sólo cuando la conducta sea reiterativa o se haya extinguido el bien cultural con una clara intención dolosa, o conductas similares puede recurrirse a penas extremas; y debe sumarse a las sanciones penales las ya conocidas sanciones del Derecho civil (indemnización por daños y perjuicios, nulidad de actos jurídicos, restitución, etc.) y las sanciones del Derecho administrativo (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.)⁴⁵⁵.

⁴⁵³ www.mcultura.gob.pe, Lineamientos de Política Cultural 2013 -2016.

⁴⁵⁴ La Convención sobre la Protección en Caso de Conflicto Armado, denominada Convención de la Haya celebrada el 14 de mayo de 1954.

⁴⁵⁵ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Ed. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 240.

Siendo así, las demás conductas que no causan grave lesión física o social a los bienes culturales y, en los que hay posibilidades de restauración y recuperación de los bienes culturales, debe mantenerse la represión administrativa y aplicarse sanciones como: la multa, paralización de obra y demolición que son más útiles y efectivas para la recuperación y perpetuación de los bienes del patrimonio cultural⁴⁵⁶; sin que se tenga que afectar derechos fundamentales de las personas como la privación de su libertad. Existen también otras medidas que habría que considerar como: la pérdida definitiva de los bienes culturales, la reparación del bien a cargo del propio infractor, claro está, este último con el asesoramiento del Ministerio de Cultura encargado de su protección y conservación y; algunas otras medidas como el otorgamiento de su administración a organismos privados temporalmente; de manera que las sanciones no sean excesivas en relación a la conducta infractora (principio de proporcionalidad).

Pues, según nuestro análisis, casi todas las acciones relacionadas con el patrimonio cultural están regidas por la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación Ley 28296, desde su registro, traslado, transferencia, comercio, propiedad y sanciones a las infracciones; razón por la que estimamos que debe haber una remisión taxativa en la norma penal, a fin de efectuar una mejor tipificación y juzgamiento de los ilícitos contra el patrimonio cultural. Actualmente, en la norma penal contamos con algunas conductas que deben administrarse, porque, el fin principal de la represión debe estar destinado a la conservación, recuperación y restauración de los bienes afectados y a garantizar el cumplimiento de sus funciones sociales; mas no así, la de privar de libertad a las personas porque su encierro no contribuye a la recuperación del bien cultural, a menos que las conductas obedezcan a un patrón delictivo de grave dimensión y con resultados nefastos y, la libertad de las personas constituya una amenaza contra los bienes culturales, sólo así, será necesario la privación de libertad

⁴⁵⁶Pese a advertencias, invasores ocuparon 4.5 hectáreas de la Zona Arqueológica de Wimpillay en el Distrito de Santiago (Cusco), declarada por Resolución Patrimonio Cultural; sitio arqueológico preincaico que habría sido construido mil años antes de Cristo y servía como almacén para abastecer a los habitantes de entonces; en el lugar se edificaron alrededor de 90 viviendas de material noble y de adobe en las que vivían más de 200 personas; las que fueron desalojadas violentamente con detenidos y heridos, por decisión del Juzgado Penal Liquidador Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Cusco, orden que se ejecuto en parte aún en setiembre del 2012 . Jueves 28 de febrero del 2013. <http://www.radiouniversalcusco.com.pe/noticias/6772-desalojo-a-pobladores-de-wimpillay-trajo-como-saldo-4-heridos-u-un-aproximado-de-30-detenidos->

de la persona o personas, y no exista otro medio de controlar esta situación en la búsqueda de la preservación de los bienes culturales.

No se trata de establecer qué tipo de responsabilidad debe primar, sino, qué tipo de responsabilidad corresponde fijar a las infracciones realizadas, y la más conveniente para la protección del bien jurídico patrimonio cultural. Hay que considerar que cada conducta tiene graduaciones en su accionar y como tal, su responsabilidad debe tipificarse considerando éstos aspectos; algunas conductas por si solas no constituyen ilícito ni infracción, es el caso de la *exploración* (art. 226 C.P.), la *promoción, organización y financiamiento* (art. 227 C.P.); pero en forma conjunta con otras conductas la *excavación, depredación, hurto, robo y comercio* configuran ilícitos complejos como el *tráfico de bienes culturales*.

Para trazar una línea de demarcación entre el delito y la infracción administrativa, debe considerarse varios elementos; principalmente los *principios de: mínima intervención, de fragmentariedad y subsidiariedad* según los cuales la intervención del Derecho penal debe hacerse en última instancia, para un grupo reducido de conductas y cuando sea extremadamente necesario y útil, y no exista otro medio idóneo que retribuya determinadas conductas infractoras contra el patrimonio cultural; como son la conducta de: *destrucción* que consiste en la pérdida física del bien cultural y de su valor cultural; *la alteración grave* que es la afectación física del bien cultural que lo inutiliza funcionalmente y pone en peligro su existencia; *la extracción fuera del territorio nacional* que representa la pérdida de la función social del bien cultural sin que se pierda su consistencia física; *el robo, hurto agravado y comercio* implica la pérdida de la función social del bien seguido del posible comercio de los bienes culturales como mercaderías; acciones que involucra a la pérdida total de los bienes culturales para las futuras generaciones, atendiendo a su vez a los criterios de imputación del injusto. Mientras que conductas de: incumplimiento de registro, restauración (alteración) sin autorización, traslado y transferencia sin autorización, excavación o remoción de terreno sin autorización en los que no hubo daño contra el patrimonio cultural, extracción de bien cultural del territorio nacional para fines lícitos sin autorización, daño con dolo o por negligencia leve, entre otras acciones; ameritan una simple represión administrativa.

Otro criterio que debemos considerar en el análisis de los límites de responsabilidad es el *principio de proporcionalidad*, de modo que, la sanción a las infracciones contra el patrimonio cultural estén en una relación ponderada con la gravedad del ilícito efectuado; en suma⁴⁵⁷, debe recordarse que no basta constatar la importancia abstracta del bien jurídico, sino, que deberá determinarse el concreto grado de afectación del bien, para determinar lo penalmente exigible. Pues, recordemos que algunas lesiones a determinados bienes culturales por muy simples que parezcan, ameritan represión penal por el carácter único del bien cultural y su importancia o trascendencia que exige nuestra mayor valoración, y mayor represión. Existen medidas administrativas que se disponen por el juzgado sin afectar a las personas, como los desalojos y destrucción de inmueble con la finalidad de recuperar o devolver el bien a su estado anterior a la infracción.

Sobre todo debe tenerse en cuenta los fines de cada norma, mientras la *norma penal* protege el bien jurídico patrimonio cultural cuya vulneración se trasunta en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, es decir, el daño material sobre los bienes muebles e inmuebles integrantes del patrimonio culturallos que imposibilitan el cumplimiento de su función social, razón por la que se justifica una sanción penal cuando exista una lesión grave o se haya destruido o extinguido el patrimonio cultural. Por su parte la *norma administrativa* tiene por finalidad el cumplimiento de la norma o mandato, como la obligación de registrar los bienes del patrimonio cultural ante el ente encargado de su protección o la exigencia de obtener el certificado de descarte de bienes culturales para excavaciones o construcciones, que son conductas que ocasionan lesiones leves o no ponen en peligro el patrimonio cultural de la nación.

En efecto de acuerdo a esa posición creemos que la protección de los bienes del patrimonio cultural de la nación pueden tener otros medios más eficaces y alternativos, sin necesidad de penalizar todo y recurrir a la privación de derechos reiterativamente; pues ante un atentado al patrimonio cultural debe tenerse presente que lo fundamental es su restauración, recuperación y mejora de medidas de protección constitucional; por ejemplo, labores a cargo de su agresor (bajo responsabilidad) como parte de su

⁴⁵⁷GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el patrimonio cultural, ob.cit., pp. 309 y s.

sanción y rehabilitación personal; una especie de servicio comunitario a favor del patrimonio cultural, en la que la multa o sanción pecuniaria esté destinada a los gastos de restauración y protección del bien afectado directamente; además se acompañe labores de limpieza y cuidado debidamente dirigidos y supervisados, y porque no campañas de difusión y promoción del bien cultural afectado, medidas administrativas frente a acciones infractoras.

Existen antecedentes de numerosas investigaciones que quedan archivadas a nivel policial, de fiscalía e inclusive judicialmente⁴⁵⁸, en los que no se llega a determinar la autoría de sus agresores o peor aún no existe registro del bien cultural situación que dificulta su represión y crea una absoluta impunidad. Entre los factores que contribuyen a que el agresor del patrimonio, no reciba sanciones drásticas se menciona: la actitud negligente de los peritos judiciales, la falta de fiscalías y juzgados especializados en temas de patrimonio cultural, la inconsciencia de ciudadanos y empresarios que destruyen el legado inca y la excesiva demora en los procesos penales⁴⁵⁹. Hay que sumarle la inoperancia e incapacidad de los entes públicos encargados de su administración, protección y conservación que por diversas razones (económicas, falta de personal, negligencia, falta de compromiso, etc.) no efectúan providencias necesarias destinadas a prevenir los ilícitos contra el patrimonio cultural, ni cumplen, ni exigen el cumplimiento de medidas básicas como es el registro de los bienes culturales en manos de privados. Pues, se cuenta con innumerables bienes culturales expuestos al público, como el caso de las iglesias con sus cuadros coloniales, muros incas y casonas coloniales, museos, etc.; bienes culturales que sorprendentemente no cuentan con un registro como medida mínima, y menos cuentan con sistemas de seguridad (cámaras, vigilantes) que resguarden y faciliten la frustración del ilícito o sirvan para identificar a los autores del delito; delitos que son cotidianos.

⁴⁵⁸El asesor legal de la dirección regional de Cultura Cusco (DRC), señaló que la fragilidad del aparato judicial puede llevar al archivamiento de más de 100 procesos penales sobre atentado contra el patrimonio cultural, que se ventilan en fuero judicial. <http://www.larepublica.pe/29-01-2013/cien-casos-de-atentados-contra-el-patrimonio-en-riesgo-de-archivarse>

⁴⁵⁹ El Asesor legal de la Dirección Regional de Cultura Cusco (DRC), señala cuatro factores. <http://www.larepublica.pe/29-01-2013/cien-casos-de-atentados-contra-el-patrimonio-en-riesgo-de-archivarse>

A veces, el Estado con el empleo de la pena, lejos de disminuir o eliminar el conflicto que tiene que resolver, termina por agravarlo⁴⁶⁰; la subsidiariedad del Derecho penal supone una preferencia de las sanciones y consecuencias jurídicas de carácter no penal sobre las penales, siempre que tengan un menor costo lesivo y en la medida de lo posible se encuentren dotados de garantías formales⁴⁶¹, y sobre todo sean más eficaces. Pero la solución debe partir por definir una política de protección de los bienes culturales, empezando por uniformizar conceptos y fijar responsabilidades bien definidas.

Debe considerarse que los atentados contra el patrimonio cultural que más dañan son los que concurren en una cadena de conductas y hacen de este un ilícito complejo donde interviene un grupo de personas financistas y organizadores, que actúan a nivel internacional; hoy los delitos aislados no son los que más dañan; por ejemplo, una excavación no autorizada es solo el punto de inicio para su posterior depredación del inmueble cultural, que continuara con la extracción del bien cultural mueble fuera del territorio nacional y después su comercio exterior. No es solo el *tráfico de bienes culturales* como se conoce a esta cadena delictiva, sino, esta también el dinero proveniente de este ilícito, que involucra inclusive funcionarios; se trata de delitos mayores que requiere de un sistema organizado para hacerle frente y normas que repriman los ilícitos como parte de una organización criminal. Frente al tráfico de bienes culturales es menester establecer relaciones con los diversos gobiernos de la región⁴⁶² y países europeos, para combatir este tipo de ilícitos, paralizar subastas y sobre todo permitir la devolución de los bienes culturales, porque se consiguió algunos buenos resultados⁴⁶³ en este camino; pero, otras veces no fue posible, porque

⁴⁶⁰ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Edic. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 233.

⁴⁶¹ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de Derecho penal. Parte general. Edic. Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2002, p. 237.

⁴⁶² El Perú integra una red solidaria de lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, formada por funcionarios culturales de: Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile, Guatemala, Costa Rica, Honduras y México. 18/01/2013. <http://elcomercio.pe/actualidad/1524887/noticia-gobierno-impidio-subasta-bienes-culturales-peruanos-reino-unido>

⁴⁶³ Gobierno impidió subasta de bienes culturales peruanos en el Reino Unido. La Dirección General de Fiscalización y Control del Ministerio de Cultura evito que tres piezas de origen pre-inca e inca (dos textiles y un cerámico), pertenecientes al patrimonio cultural peruano, sean vendidas en una subasta de antigüedades en el Reino Unido, denominada "Saturday 12th January 2013 Antiquities&Collectables e Auctions" organizada por la casa TimeLineAuctions, de la localidad inglesa de Essex. Ante la intervención de autoridades peruanas y británicas, tras un seguimiento del caso, la empresa optó por retirar las piezas de la subasta.

se exigió que se demuestre la pertenencia de los bienes culturales y al no contarse con los registros que son como el documento de identificación de las piezas culturales, no hay devolución y simplemente se pierde los bienes culturales.

De ahí que la delimitación sea una exigencia y deba plantearse nuevos criterios, no es posible que sigamos siendo pasibles espectadores de noticias que anuncian subasta de piezas de nuestro patrimonio cultural en el extranjero; sin que se tome medidas que eviten la venta y sin poder explicar cómo salió ese patrimonio cultural de nuestro territorio, o peor aún las razones por las que no existe registro de su existencia; pues simples omisiones de medidas administrativas como el registro, son el origen de muchos actos de impunidad como: la destrucción, alteración, comercio ilícito, robo; sobre todo cuando en nuestra propia norma penal, la declaración es requisito para su judicialización y sanción penal (art. 230 C.P.)⁴⁶⁴.

Cuando se legalizó la propiedad de los bienes culturales en la Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación Ley N° 24047, se la criticó por considerarla una medida entreguista, privatista, antinacional porque favorecería a los coleccionistas y traficantes de bienes culturales; hoy no solo se permite la propiedad, se fomenta la promoción privatista y hasta hubo normas en materia de turismo que favorecieron construcciones en contra de la intangibilidad del patrimonio cultural⁴⁶⁵; ante estos hechos lo único que queda es contar con un registro valioso de la posesión de estos bienes, su ubicación; para una constante supervisión de su preservación, protección y conservación; pues, lo que vemos es el acoso constante a propietarios o poseedores bienes culturales inmuebles en evidente estado de deterioro, muchos de los cuales no cuentan con los recursos económicos para su conservación, refacción o restauración, a quienes se procesa y; quienes ante su incapacidad de modificar o realizar trabajos sin

18/01/2013.<http://elcomercio.pe/actualidad/1524887/noticia-gobierno-impidio-subasta-bienes-culturales-peruanos-reino-unido>

⁴⁶⁴ Art. 230 del C.P.: “El que destruye, altera, extrae del país o comercializa, sin autorización, bienes culturales *previamente declarados como tales*, distintos a los de la época prehispánica, o no los retorna al país de conformidad con la autorización que le fue concedida (...)”.

⁴⁶⁵ Ley N° 29164, Ley de Promoción y Desarrollo sostenible de Servicios Turísticos en los bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, y la Ley N° 29167, Ley que establece el Procedimiento Especial y Transitorio para las Licencias de Edificación, Ampliación o Remodelación de Establecimientos de Hospedaje.

autorización dejan que el tiempo y la inclemencia de la naturaleza destruyan el bien cultural.

Ahora bien, cómo podemos pedir un conocimiento de la condición cultural de los bienes a los agentes y magistrados, o a los sujetos comunes, si en la propia norma hay conflicto de conceptos, para unos se requiere resolución de declaración para actuar judicialmente con sanciones frente al daño; en otros se menciona ilícitos sin tomar en cuenta la variedad del patrimonio cultural existente y se tipifica conceptos o elementos incompletos —como ocurre con el término monumento considerado único bien cultural prehispánico, cuando este constituye solo un tipo de bien inmueble prehispánico de un grupo mayor—, hace falta revisar las clasificaciones y los conceptos en la legislación nacional sobre la materia del patrimonio cultural, para unificar conceptos en beneficio de una mejor labor de protección del patrimonio cultural.

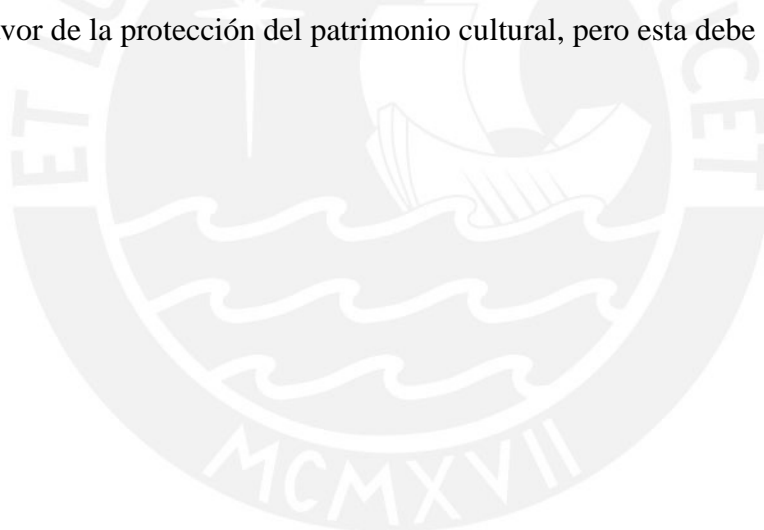
Es hora que el daño al patrimonio cultural se vea desde otra perspectiva, y se traslade la responsabilidad contra los propios entes encargados de su protección, que facilitan u omiten sus labores de salvaguarda de los bienes culturales, y se sancione drásticamente, porque muchos de los ilícitos comunes y las infracciones administrativas suceden porque hay abandono e inacción de las entidades encargadas de la administración y protección del patrimonio cultural.

Finalmente debemos comentar que el Gobierno ha presentado “Lineamientos de Política de Cultural”⁴⁶⁶, documento en el cual se resume la tarea central del Ministerio de Cultura consistente en resaltar la importancia de la cultura en el desarrollo nacional y promover políticas que impliquen desde normativas jurídicas hasta infraestructura material, desde articulación con la sociedad civil hasta la intensa movilización de recursos simbióticos en la actividad de procesos sociales y eventos culturales. Asimismo indican que dichos lineamientos tiene dos grupos: el primero impulsar una perspectiva intercultural, promover la ciudadanía, fortalecer la institucionalidad, alentar la creación cultural, proporciona la perspectiva central, a partir de la cual las políticas culturales son enfocadas. El segundo, defender, cuidar y poner en valor el

⁴⁶⁶www.mcultura.gob.pe, Lineamientos de Política Cultural 2013 -2016.

patrimonio, apoyar las industrias culturales, promover y difundir las artes. Se anuncia modificaciones de la Ley, sino se hace a la par con norma penal seguirán los errores en la legislación.

Desde nuestra posición señalamos, si hay la potestad de promover políticas jurídicas no se debe dejar pasar más tiempo, y no solo hay que buscar modificar la Ley 28296 (como se señala en una de sus tareas), sino, debe hacerse conjuntamente con una revisión de la norma penal, y comenzar con recategorizar a los bienes culturales en categorías que sean manejables por ambas normas; se requiere reconsiderar la calificación de algunas conductas que deben ser únicamente administrativas y otras pocas penales; hay que evaluar las sanciones fijadas en ambas normas de manera que sean eficaces y proporcionales a la responsabilidad, entre otros; todo eso sin olvidar sus obligaciones y responsabilidades en la administración y como entes encargados de su protección. Sin embargo saludamos la iniciativa de emprender una política nacional a favor de la protección del patrimonio cultural, pero esta debe ser integral.





CONCLUSIONES

1. La razón para la protección legal del patrimonio cultural la encontramos en el aporte importante que ofrecen los bienes culturales en el recuento de la historia de la civilización humana en general y de la peruana en particular; pues, cada pieza cultural es un testimonio vivo de nuestros ancestros y sus obras, que debe transmitirse a las sucesivas generaciones. Así lo habrían entendido los Estados suscriptores de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), al fundamentar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), la imperiosa necesidad de proteger y preservar el patrimonio histórico y/o cultural de la humanidad que era objeto de destrucción y vandalismo producto de las numerosas acciones bélicas.
2. Fue en las Convenciones de la UNESCO, principalmente rescatamos a tres de ellas: la Convención sobre la Protección en Caso de Conflicto Armado, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural y, la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectural de Europa; las que contribuyeron con los primeros conceptos y definiciones sobre el tema, y fueron inspiración para las legislaciones actuales. Entre sus contribuciones esta: la denominación de “*patrimonio cultural*” otorgada a los bienes que tenían importancia histórica y cultural para sus pueblos. Otro aporte que aún subsiste, es el establecimiento de dos tipos de protección: una *protección general* que alcanzaba a todos los bienes culturales sin excepción y, el segundo *la protección especial* para un grupo determinado de bienes que contaban con un registro que describía sus características. Así mismo, se reconoció como las primeras formas delictivas que atentaban contra el patrimonio cultural: *la destrucción, el deterioro, los actos de pillaje, la apropiación y actos de vandalismo*. Finalmente, el aporte fundamental de las Convenciones fue la definición del término *patrimonio cultural* entendido como: *monumentos, conjuntos históricos, sitios y lugares con interés histórico, artístico, científico, arqueológico, social, étnico, etc.*
3. A nivel nacional recién en las Constituciones de 1856 y 1933 se refirió sobre los bienes del patrimonio cultural, calificándolos como: *tesoros arqueológicos, artísticos e históricos* que se encuentran bajo la salvaguarda del Estado. Fue la

Constituciones de 1979 y la actual de 1993 las que definen y señalan los bienes que comprende el patrimonio cultural de nuestra nación; de igual forma recogen de las Convenciones el modelo de *protección especial*, es decir únicamente para los bienes culturales registrados; posteriormente se corrige y se establece tanto la *protección general* como la *protección especial*. La propiedad del patrimonio cultural es otro tema que fue conflictivo para el Estado peruano, las primeras Constituciones defendieron la propiedad pública sobre dichos bienes, principalmente los inmuebles prehispánicos que hasta hoy son considerados titularidad del Estado, en cambio se admitió la propiedad privada sobre el patrimonio cultural mueble prehispánico y posthispánico y, sobre los inmuebles culturales posthispánicos.

4. Considerando las sugerencias de las Convenciones, los Estados han desarrollado tres tipos de legislaciones en la materia: Primero la *tutela indirecta* que se basa en la agravación de los tipos básicos con la introducción de una circunstancia calificativa de contenido cultural, un ejemplo claro es el art. 189 inc. 5 del C.P. peruano con su figura de robo agravado producido sobre bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, criticada porque no se califica el valor real de los bienes culturales y más bien hace prevalecer el valor económico para su propietario; esta tutela también se produce sobre la *legislación especial* observada porque no se reprime debidamente las conductas graves. Segundo la *tutela directa*, la más conveniente en materia penal porque en un capítulo autónomo, recoge los ilícitos contra los bienes del patrimonio cultural (art. 226 al 231 del C.P. peruano), de forma que se capta el valor de los bienes culturales en relación a la función que cumplen para la sociedad; modelo que debe mantenerse conjuntamente con la norma especial. Tercero la *posición ecléctica* mantenida por nuestra legislación, que paralelamente conserva el título autónomo (tutela directa), las formas agravadas de tipos comunes y la legislación especial (tutela indirecta); tutela que genera conflictos al presentar vacíos e impunidad en la protección del patrimonio cultural por la duplicidad de conductas, conceptos incompletos y falta de remisión concreta a la norma especial.

5. En el ámbito administrativo nuestra legislación luego de un tiempo, logro unificar sus diversos dispositivos sobre la materia en la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación Ley N° 28296, cuya finalidad es la protección del patrimonio cultural, su promoción, conservación y el fomento de su conocimiento. La norma acoge la *protección general* a través de la figura de la presunción y la *protección especial* con la requerida declaración del patrimonio cultural. Es en esta ley que se fijan criterios y características de los bienes integrantes del patrimonio cultural, así como los requisitos para su transferencia, traslado, los deberes y derechos de sus propietarios; la norma es un excelente referente al que deben recurrir los magistrados antes de la tipificación de los ilícitos penales contra el patrimonio cultural.
6. Dos conceptos controversiales que contiene la Ley N° 28296 y que influyen en la tipificación penal de los ilícitos contra los bienes culturales son: la declaración y presunción del patrimonio cultural. La *declaración de patrimonio culturales* una condición otorgada por la administración a través de un documento, condición que diferencia a los bienes declarados de los bienes comunes y les concede protección especial. Contrariamente la *presunción* reconocida en la Constitución, señala que todos los bienes culturales son patrimonio cultural de la nación salvo prueba en contrario. La controversia se presenta cuando la legislación adopta las dos formas de protección (general y especial) y; mientras la legislación administrativa asume la protección general para todos los bienes culturales; la protección penase orienta hacia los bienes con protección especial es decir aquellos declarados patrimonio cultural por resolución. De esta manera se deja en peligro de vulneración muchos bienes culturales que no alcanzaron la declaración por diferentes factores; nuestra posición es que, si se debe fraccionarse los bienes culturales de manera que unos sean protegidos administrativamente y otros penalmente, no debe obedecer a un documento administrativo, sino a la importancia y trascendencia del bien o la afectación recibida, porque el valor cultural de dichos bienes es un carácter innato en ellos y la administración solo debe reconocerlo y trasuntarlo en documento; además, sabemos que es una labor difícil por la infinidad de bienes culturales con los que cuenta nuestro

territorio, porque cada día se descubren nuevas piezas culturales o bienes inmuebles culturales de nuestra historia.

7. La propiedad de los bienes del patrimonio cultural es un tema en el que las legislaciones no se han puesto de acuerdo, mientras para algunos todos los bienes culturales son de propiedad del Estado, en el nuestro se admite la propiedad privada de los bienes culturales sean muebles o inmuebles. Una gran parte de los bienes del patrimonio cultural se encuentran administrados por el Estado en representación de la colectividad y, los bienes que son de propiedad privada es administrada y custodiada por sus poseedores siempre bajo supervisión de la administración pública; a quien deben solicitar autorizaciones para efectos de su alteración, restauración, traslado, transferencia de propiedad y toda aquella acción en la cual se pueda ver afectado (material o funcionalmente) el bien cultural. Razón por la que concluimos en este punto, que no existe una propiedad absoluta sobre los bienes del patrimonio cultural, porque la parte espiritual, valorativa y funcional del bien pertenece a la sociedad peruana en conjunto, negándose al poseedor o titular privado o público efectuar acciones de disposición sobre el bien, como: la destrucción y alteración entre otras; y mas bien la norma establece obligaciones para los propietarios cuya vulneración puede constituirse en infracción administrativa y hasta ilícito penal según la gravedad de la acción y su afectación.
8. Finalmente la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, regula las infracciones administrativas que se producen cuando hay un incumplimiento del mandato dispuesto por la ley o desobediencia de los actos administrativos. Las conductas descritas en la norma, por lo general son las que corresponden a las obligaciones y deberes de los poseedores o propietarios del patrimonio cultural, como: el incumplimiento del registro del los bienes culturales, daños con dolo y negligencia, extracción de dichos bienes, ejecución en inmueble e incumplimiento de las demás obligaciones estipuladas en la ley. Infracciones que la misma norma reprime con sanciones (multa, demolición, paralización de obra, decomiso), que en ocasiones resultan benignas; es el caso de un daño con dolo, una excavación y extracción que recibirán una multa como

penalidad administrativa, conductas que coincidentemente también se regulan en la norma penal con penas más drásticas.

9. Con respecto a la norma penal partiremos refiriendo al bien jurídico protegido que es de naturaleza colectiva, que implica que la protección recae tanto sobre bienes culturales públicos y privados. Pero el bien jurídico en si es el *patrimonio cultural*, es decir se protege el valor inmaterial de los bienes físicos trasuntado en su valor histórico, cultural, artístico, arqueológico, arquitectónico, etc., reconocido por la Constitución; pues, son el vehículo que nos proporciona acceso a nuestros ancestros. Ahora para la configuración de un ilícito contra el patrimonio cultural, se tiene que producir una lesión al *bien jurídico patrimonio cultural*; esto es posible cuando se afecta la *función social* del bien cultural, sea produciendo un daño material en el bien que imposibilite el cumplimiento de su función o simplemente obstaculizando la función social del bien sin afectación física de por medio. Sin embargo para que se afecte la función social del bien en materia penal, se requiere que exista una grave lesión física que comprometa la conservación material del bien cultural o que el bien cultural sea de extrema importancia de manera que una lesión mínima afecte considerablemente su función social; con lo dicho asumimos que los delitos culturales son delitos de resultado y una puesta en peligro será reprimida a través de la figura de la tentativa.
10. Los delitos contra el patrimonio cultural también se encuentran clasificados como delitos comunes, en atención al sujeto activo del ilícito que puede ser cualquier sujeto común; sin embargo, dentro de esta categoría nosotros aún los sub clasificamos en dos grupos: a) En el primer grupo ubicamos a los *sujetos comunes* que son personas ajenas a los bienes culturales; ahí mismo encontramos a: los sujetos comunes propiamente; luego tenemos a las personas que tienen una relación de titularidad con los bienes los propietarios particulares, es la conexión más interesante por las restricciones al derecho de propiedad y; en tercer lugar están las personas que actúan en representación de personas jurídicas. b) En el segundo grupo están los *sujetos cualificados*, conformado por funcionarios o servidores públicos que tienen una relación de garante con respecto a los bienes culturales, cuya responsabilidad constituye

una agravante en los delitos culturales, aunque no se considera para todos los ilícitos contra el patrimonio cultural. Las conductas delictivas descritas en el título de delitos culturales, pueden ser cometidas directamente por los agentes o las efectúan en participación conjunta con otros sujetos, en calidad de autores mediatos o coautores.

11. El objeto de la acción en estos ilícitos está conformado por los bienes muebles e inmuebles, y según la norma por: los monumentos arqueológicos prehispánicos, bienes muebles del patrimonio cultural y bienes declarados patrimonio cultural de la época posthispánica; clasificación que no es objetiva porque desampara otro tipo de bienes que no son mencionados como: los yacimientos, lugares y construcciones prehispánicas, etc. y bienes posthispánicos que no se encuentran declarados. Pero la identificación de estos bienes (elementos normativos del tipo) no se realiza con una simple percepción, pues, requiere de una valoración expresa que debe hacerla un perito en la materia y ahí la necesidad de recurrir a lo establecido por la norma correspondiente (Ley 28296) en la que se detalla las características de estos bienes. Bienes que se encuentran bajo custodia y administración del Ministerio de Cultura y sus órganos anexos: la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación que junto con los propietarios particulares son los sujetos pasivos de la acción; mientras que el sujeto pasivo del delito es el titular del patrimonio cultural, es decir la colectividad o sociedad peruana que será la mas agraviada con la destrucción u alteración del legado de sus ancestros.

12. Como se refirió líneas arriba, para que se constituya un ilícito penal debe haber una lesión física mínima la que afecte la función social del bien patrimonio cultural; pero, la norma penal añadió a casi todas sus conductas la falta de autorización del ente encargado de su protección. Partiendo de este criterio agrupamos a las conductas en conductas de acción y conductas de omisión.

En el primer grupo esta: 1. El *asentamiento u ocupación* de terreno prehispánico conducta que busca evitar las invasiones de terrenos con presencia cultural; 2. *La depredación* que según nuestro criterio cuenta con tres modalidades: *la exploración y remoción* que se realizan sobre terreno

superficial y *la excavación* que implica apertura de terreno y consecuentemente ocasiona daño; individualmente las dos primeras podrían ser simples infracciones administrativas si no hay daño físico; 3. *La inducción* en la comisión de atentado contra yacimientos arqueológicos prehispánicos, comprende la contribución en la comisión del ilícito a través de la promoción, organización, financiamiento o dirección de grupo de personas; esta conducta a diferencia de las anteriores requiere que se consuma la conducta promovida (asentamiento, excavación, destrucción) para su ilicitud caso contrario queda como acto preparatorio; 4. *La destrucción*, significa la inutilización del bien cultural e imposibilidad de restauración, es el daño más grave contra el patrimonio cultural; 5. *La alteración* que debe ser negativa para ser reprimible, es decir, que se cambie o adultere la originalidad del bien caso contrario debe considerarse una represión administrativa; 6. *La extracción y el no retorno del patrimonio cultural*, estas conductas difieren en su consumación porque no hay una lesión física se menoscaba la función del bien; para su consumación debe faltar la autorización y los fines de la extracción deben ser contrarios a los fijados por la ley (exhibición, restauración, etc.); 7. *El comercio* que atenta contra la función social del bien cultural y tampoco cuenta con la autorización respectiva.

La única conducta omisiva es: *la intervención o facilitación de acciones delictivas* en contra del patrimonio cultural, conducta dirigida a servidores y funcionarios públicos que omiten sus deberes y obligaciones de custodia y preservación y con la cual facilitan la comisión del ilícito; pero, la agravación no se encuentra contenida para todos los ilícitos que atentan al patrimonio cultural.

13. Con respecto al aspecto subjetivo de los delitos contra los bienes integrantes del patrimonio cultural, debemos manifestar que gran parte de ellos son delitos dolosos, dolo de consecuencias necesarias porque el agente según la norma (art. 226 C.P.) *tiene que tener conocimiento de la condición de bien* y, aunque la norma no precisa el tipo de conocimiento a nuestro entender debe ser lo suficientemente mínimo, el cual se sumara a las circunstancias de la comisión del ilícito, las condiciones personales del agente y otros aspectos que demuestren que el agente tiene conocimiento de la realización de su conducta,

sus alcances y de su agresión al patrimonio cultural. Hecho que debe contar con la intención o voluntad del agente para la comisión del ilícito (dolo directo o dolo eventual).

Sin embargo en la comisión del delito puede ocurrir que el agente tenga un *conocimiento errado* sobre la condición del bien protegido como patrimonio cultural, situación que puede determinar una ausencia de dolo en la conducta y calificarla como atípica. Se produce una ausencia total de dolo si, aún aplicando la diligencia debida para saber si se trata de un bien cultural, no se logra evitar el error (error invencible); pero en caso subsista el tipo objetivo del injusto; es decir, se trate realmente de un bien integrante del patrimonio cultural, se elimina el dolo pero subsiste la culpa y; la conducta será sancionada a título de delito culposo siempre que la norma lo establezca.

14. En los ilícitos contra el patrimonio cultural pueden darse dos causas de justificación: *el estado de necesidad* es una de las causas más recurridas en la destrucción y alteración de bienes culturales inmuebles precarios, sobre todo cuando está de por medio salvaguardar la vida e integridad física de las personas, aún si el hecho se efectúa sin autorización; *el cumplimiento de un deber* es también, causa de justificación en la ejecución de obras públicas y privadas, donde los obreros obedecen ordenes desconociendo si los superiores tramitaron los permisos correspondientes para alterar bienes culturales. Sin embargo, debemos precisar que *el ejercicio legítimo de un derecho* que es una causa de justificación común en otros ilícitos, contrariamente no es una causa de justificación porque recordemos que estos bienes son de naturaleza colectiva carácter que impide a sus propietarios particulares disponer libremente del patrimonio cultural y alterarlo, destruirlo sin previa autorización.

15. Las sanciones penales en la norma penal son tres: la principal y más drástica es *la privación de libertad* la que varía de acuerdo al bien cultural protegido, penas altas de tres a seis años para delitos contra bienes culturales prehispánicos y dos a cinco años para los bienes posthispánicos y, pena agravada para los casos de funcionarios o servidores públicos y; como penas accesorias tenemos a: *la multa e inhabilitación*. Sin embargo en la norma

encontramos que en algunos casos las penas son desproporcionadas en relación con las conductas y su complejidad, la afectación al bien cultural; por ejemplo, una pena de destrucción tiene una pena máxima de seis años y el robo o hurto cuenta con una pena mínima de diez años.

16. Pues, en la norma penal tal como se menciona se regula conductas delictivas contra el patrimonio cultural mediante la tutela indirecta; es el caso de las conductas de *hurto agravado* y *robo agravado*, en las cuales no se reprime la lesión física al bien cultural ni la lesión a su función social que si existiría, lo que se reprime es el daño patrimonial del bien a su propietario. Similar situación ocurre con los *delitos de apropiación ilícita* y *receptación* a los que los magistrados acuden en su tipo básico. Pero la tipificación del *delito de peligro común agravado* merece especial atención porque, como dijimos los delitos culturales son delitos de resultado en los que se exige un daño físico o funcional sobre el bien y una amenaza será reprimida como tentativa. De manera que entra en conflicto con lo tipificado como delito de peligro común, que debe entenderse como una tentativa. Y, con respecto al *delito de daños* también existe cierto conflicto en el entendido que se recurre a este alternativamente cuando no es aplicable el delito de alteración o destrucción. Adicionalmente, debemos señalar que existe una relación entre los ilícitos contenidos en la norma penal; pues, un robo concurre con una alteración, daño y/o destrucción del patrimonio cultural que serán reprimidas con la pena más alta y aumentando hasta en una cuarta parte (concurso ideal de delitos); o puede darse una extracción, comercio y receptación, en este caso la pena será acumulativa (concurso real de delitos).
17. Para absolver nuestra interrogante sobre los límites de la responsabilidad penal y administrativa, recurrimos a los principios del *iuspunindi*; el más importante es el *principio de mínima intervención* o última ratio conjuntamente con los *subprincipios de fragmentariedad* y *subsidiariedad* según los cuales deben ser pasibles de represión penal un grupo reducido de conductas que produzcan una grave lesión física la misma que comprometa seriamente la función social del bien cultural e implique su pérdida material o la de su valor intrínseco; de manera que el Derecho penal no cubrirá todas las conductas dañosas o

desviadas que atenten contra el patrimonio cultural de la nación, sino aquellas que son dolosas y excepcionalmente las imprudentes a título de culpa cuando se trate de bienes esenciales y se trate de una insoportable dañosidad social.

18. Pues debe existir una perfecta armonía entre la pena impuesta y el delito cometido, de acuerdo al *principio de proporcionalidad* la pena grave debe seguir a un delito grave y una pena leve debe seguir a un delito leve y; por los *subprincipios* de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en estricto*, la represión debe ser la más adecuada y capaz, no ocasionar afectaciones innecesarias a los derechos fundamentales de la persona como el caso de un privación de libertad por alterar bienes culturales con fines de restauración sin autorización; adicionalmente el derecho protegido no debe ser inferior al sacrificado, es decir una alteración leve del bien cultural no puede penarse con una privación de libertad. Hasta aquí se nos fijan criterios para establecer cuando no concurre la represión penal, y sobre todo que no puede ser para cualquier tipo de conducta; entonces en la afectación al patrimonio cultural, se reprimirán conductas que lesionen el bien jurídico como lo veníamos indicando: una lesión física grave que imposibilite su restauración o inutilice el bien para el desarrollo de su función social.

19. Otro punto importante para responder nuestras interrogantes es la diferencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, mientras la doctrina establece diferencias en atención al órgano que impone las sanciones o la gravedad de las medidas impuestas, nuestra legislación se fundamenta en los fines de cada una; mientras el Derecho penal reprime cuando hay una lesión o puesta en peligro concreto a los bienes jurídicos protegidos; el Derecho administrativo castiga las infracciones administrativas que lesionan los intereses de la administración con el incumplimiento de sus mandatos. Pero las mas importantes diferencias son cualitativas y cuantitativas; según la *diferencia cualitativa* el Derecho penal reprime la lesión o afectación al patrimonio cultural protegido y el Derecho administrativo ataca la desobediencia de sus mandatos. Por su parte la *diferencia cuantitativa* considera la gravedad de los hechos, lo menos grave y más tolerable

socialmente recibirá sanción administrativa como medida eficaz y, la más grave y menos tolerable socialmente amerita represión penal.

20. Existe un grupo de conductas que simultáneamente se regulan en la norma penal y administrativa, en el afán de demostrar y evitar la producción de un *ne bis in ídem*, es decir, impedir la duplicidad de sanciones, luego de un análisis consideramos: En el caso de la *extracción de bienes culturales* será pasible de represión administrativa cuando la conducta se efectúa para los fines fijados por ley (exhibición e investigación entre otros) pero adolece de autorización correspondiente, pues solo se produce una vulneración de un obligación administrativa, aunque la norma señala que sanciona cuando hay intento de sacar el bien y; hablamos de represión penal cuando la extracción se realiza para fines distintos a los señalados por la ley ya sea que exista o no la autorización, porque hay una afectación a la función social del bien cultural; y no debe esperarse que el bien haya salido del territorio para una represión penal, la conducta puede sancionarse a título de tentativa y simultáneamente si ya salió el bien y si sólo falta la autorización puede darse la sanción administrativa.

La excavación en sitios arqueológicos, ocasiona efectos materiales negativos e inmediatos sobre el inmueble y sobre los bienes muebles que comprende en su interior; estos efectos variaran según los métodos y medios empleados en la excavación, y la extensión aperturada del terreno. Sin embargo ambas normas destacan la falta de autorización para la acción, la misma que según nuestro entender la falta de autorización no es suficiente para imponer una sanción penal, puesto que aun existiendo esta de producirse daño en el inmueble habrá una represión penal; de manera que si no hay daño o si este es mínimo bastara la sanción administrativa.

Promoción de actividades en contra del patrimonio cultural, esta conducta por si sola no es punible ni administrativa ni penalmente; en el campo penal se presenta conjuntamente con otros medios comisivos como la organización, financiamiento dirección en la excavación, el asentamiento y porque no en el hurto y robo, estos últimos no comprendidos en el título único; la conducta de promoción se consuma cuando se ejecuta la segunda conducta.

Alteración de bienes culturales, en este caso para determinar si corresponde una sanción administrativa o penal debemos tomar en cuenta la gravedad de la conducta, es decir si la lesión de patrimonio cultural es de imposible restauración mas allá de si se conto con la autorización respectiva. Si se trata únicamente de autorización o si la lesión es mínima debe ser una sanción administrativa.

21. Del desarrollo del trabajo podemos concluir que en el atentado contra los bienes integrantes del patrimonio cultural, si bien es cierto que pueden concurrir dos mandatos uno penal y otro administrativo, los límites de las responsabilidades los fija los fines de cada una, es decir, la norma penal protege bienes jurídicos y reprime su lesión o puestos en peligro y; la norma administrativa el mandato y obediencia de actos administrativos. Límites que no son suficientes o no parecen estar claros en nuestra legislación; porque, encontramos conductas reguladas simultáneamente en ambas normas habiendo demostrado que algunas de ellas son absolutamente represibles administrativamente; tenemos también la presencia de conductas que para ser penalizadas requieren de elementos más precisos como el caso de la alteración, son algunos de los problemas sobre la materia; así como los conceptos que se manejan entre ambas normas, se supone que ambas desde su ámbito y competencia protegen un mismo objeto los bienes integrantes del patrimonio cultural y como tal, deben manejar los mismos criterios, conceptos y verbos. Ante estos problemas advertidos en la investigación, que se requiere que los conceptos sean descritos por la norma administrativa de manera que faciliten una mejor delimitación de responsabilidades y contribuyan en la tipificación de conductas como infracciones o ilícitos. En definitiva, estos vacíos, contradicciones e imprecisiones aportan en la desprotección del patrimonio cultural; pues, como señalamos hay bienes que por manejo de conceptos se encuentran al asecho de traficantes ávidos de apoderarse de elementos de nuestra historia y; hay conductas que fácilmente pueden recibir sanciones leves o contrariamente sanciones excesivamente drásticas.

22. Finalmente entre nuestros objetivos de la presente investigación no solo se encuentra el interés de esclarecer un aspecto de los múltiples problemas que

se presentan en la protección y preservación del patrimonio cultural de la nación; nuestro principal aporte está dirigido a abrir el debate y discusión académica sobre el tema, despertar el interés personal y social, que debe haber en cada uno de nosotros por conocer, proteger y revalorar nuestra historia. Es por eso que hablar de protección de bienes del patrimonio cultural de la nación no es solo lo que la ley puede hacer, sino hay que recurrir a la conciencia de conservación de los ciudadanos que es posible trabajarla con educación como parte de una Política de Estado.





BIBLIOGRAFÍA

1. ANGUITA VILLANUEVA, Luís A., *“La Protección Jurídica de los Bienes Culturales en el Derecho Español”*, Edit. Ius et Praxis, Universidad de Talca, Chile, 2004, p. 44.
2. BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, ed. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 255.
3. BACIGALUPO, Enrique, *Tipo y error*, 2ª edición, ed. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1988, p. 216.
4. BECERRIL MIRO, José Ernesto, *El Derecho del patrimonio histórico-artístico en México*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 524.
5. BENLLOCH PETIT, Guillermo, *“El Principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el derecho disciplinario”*, Separata Artículo, Edit. Universitat Internacional de Catalunya, Facultat de Ciències Jurídiques i Polítiques, España, 1999, p. 307.
6. BUJAN PEREZ, Carlos Martínez, *Derecho Penal Económico*, Edit. Tirant lo Blanch, España, 1998.
7. BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho Penal Español*, Tomo II El sistema de la parte especial, Vol. 2, Edit. J.M. Bosch Editor, España, 2008, p. 185.
8. BRAMONT-ARIAS, Torres Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ra edición, Lima, Perú, 2005, p.579.
9. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia M., *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes en el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*, Edit. Colex, España, 2007, p.326.
10. CARRASCO GUZMÁN, Antón, *“El bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio arquitectónico. ¿Tutela penal para el patrimonio*

- arquitectónico o monumental?*”, Villa Mercedes, San Luís- Argentina, 2003, p. 15.
11. CARO CORIA, Dino Carlos, “*El Principio de Ne Bis In Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”. Material de Enseñanza, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría de Derecho Penal: Derecho Penal Económico y de la Empresa, Vol. I, 2009, p. 1-24.
12. CARO CORIA, Dino Carlos, “*Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*”, Themis 37, Perú, pp. 195-208.
13. CEREZO MIR, José, “*Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, 1975-XXVIII-may-agos, pp. 159-173.
14. CRUZ ASTORGA, José Antonio, “*Delitos contra el patrimonio cultural: análisis desde una perspectiva formalista*”. España.
http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=140
15. CHAMANE ORBE, Raúl, Diccionario Jurídico Moderno. Conceptos Instituciones, Personajes. Edit. Grafica Horizonte S.A., Lima- Perú, 1995, p. 309.
16. DE LA PUENTE BRUNKE, Juan Pablo, “*Arqueología y Derecho: intentando solucionar la tragedia de los restos arqueológicos en el Perú*”, Edit. Ius et Veritas, Facultad de Derecho PUCP, Año XIV N° 29, pp. 264 – 276.
17. DE LA PUENTE BRUNKE, Juan Pablo Miguel Marcelo, “*Derecho del Patrimonio Cultural de la Nación Material: su protección a través de una correcta asignación de derechos*”, Tesis de Licenciatura en Derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2006, p.232.
18. DE TRAZEGNIES, Fernando y Otros, Patrimonio Cultural del Perú I. Edit. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima- Perú, 2000, p. 418.

19. DE TRAZEGNIES, Fernando y Otros, Patrimonio Cultural del Perú II. Edit. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima- Perú, 2000, pp. 420 al 846.
20. DE TRAZEGNIE, Fernando y Gustavo Pons Muso, Conversatorio: *“Patrimonio Cultural de la Nación”*. Conferencia del Congreso de la República de Perú, 2000.
21. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel, El Error sobre elementos normativos del tipo penal, Ed. Graficas Muriel S.A., Madrid, España, 2008, p.480.
22. FUJITA ALARCÓN, Fernando F., *“El Patrimonio Cultural”*, Boletín Andinas N° 1, 2, 3, Año I, Del Gabinete de Arqueología Social, Lima.
23. GARCIA CALDERON, Jesús María, *“La protección penal del patrimonio arqueológico”*, en Revista: Patrimonio Cultural y Derecho N° 7, 2003, Edic. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, p. 99-123.
24. GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal económico. Parte General, Tomo I, Edit. GRIJLEY, Lima, 2007, pp. 125-153.
25. GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal económico. Parte especial Tomo II, Edit. GRIJLEY, Lima, 2007, p.806.
26. GARCÍA CAVERO, Percy, Lecciones de Derecho penal. Parte General, Ed. Grijley, Perú, 2008, p. 833.
27. GÓMEZ DE LIAÑO, Polo Gonzalo, *“Delitos contra el patrimonio cultural, especial estudio de contrabando de patrimonio histórico artístico”*. Doc. N° 12/06, Instituto de Estudios Fiscales, España, p. 24.

28. GONZÁLEZ VARAS, Ignacio, Conservación de Bienes Culturales. Teoría, historia, principios y normas. Edit. Cátedra S.A., Madrid- España, 1999, p.628.
29. GUISASOLA LERMA, Cristina, Delitos contra el Patrimonio Cultural: Artículos 321 a 324 del Código Penal. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2001, p. 782.
30. HEINRICH JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho penal. Parte General, Vol. Primero, Ed. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, España, 1981, p.696.
31. HERNANDEZ HERNANDEZ, Francisca, El patrimonio cultural: la memoria recuperada, Edic. TREA S.L., España, 2002, p. 462.
32. HURTADO POZO, José, Manual de Derecho penal. Parte general, 30 edición, Edit. PUCP, Grijley y Universidad de Friburgo Suiza, pp. 649-684.
33. ICOM. Comité Peruano del Consejo Internacional de Museos. Encuentro Trinacional de lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales. Edit. ICOM, Lima- Perú, 2003, p. 45.
34. LAMAS PUCCIO, Luís, “*Sanción penal y patrimonio cultural*” (primera parte), Edit. Themis Rev. de Derecho PUCP, 1985, pp. 45–50.
35. LAMAS PUCCIO, Luís. “*Sanción penal y patrimonio cultural*”, Edit. Themis Rev. de Derecho PUCP, 1986, pp. 39 – 42.
36. LAZO MAMANI, Oscar, “*Identidad personal y patrimonio cultural*”, en: Revista de Derecho YACHAQ, N° 1, Edit. Pozo, Cusco, Perú, 2001, pp. 138-144.
37. MAGÁN PERALES, José M., La Circulación Ilícita de Bienes Culturales. Edit. Lex Nova, España, 2001, p. 526.

38. MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio Cultural. Políticas contra el Tráfico Ilícito. Edit. Fondo de Cultura Económica S.A., Lima- Perú, 1998, p.189.
39. MARTORELL CARREÑO, Alberto, Patrimonio Cultural: Protegiendo las raíces de nuestra historia. Un estudio de Derecho Cultural. Edit. Biblioteca Nacional del Perú, Lima- Perú, 1994, p. 323.
40. MAYORGA ZARATE, José Manuel, “*Patrimonio Cultural: ¿Estamos de acuerdo en qué Queremos Proteger?*”. Academia de la Magistratura. Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos, Trabajos Ganadores. Lima, Marzo 2009, pp. 277-311.
41. MAYORGA ZARATE, José Manuel, “*Los delitos contra el patrimonio cultural, a propósito de una reciente modificación*”. En: Yachaq Rev. de Derecho N° 4.CIED. Cusco-Perú, 2005, pp. 138 – 144.
42. MILANESE, Pablo, “*El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*”, pp.11. En: <http://www.monografias.com.pe> .
43. MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general (Fundamentos y Teoría del delito), 3 ed. PPU, Barcelona, España, 1990, p. 865.
44. MORAN LEÓN, Ana Miluska y Socorro Cristina, VARGAS HUAMANI, “Análisis de la Regulación Urbanística de los bienes inmuebles declarados patrimonio histórico cultural a partir de la experiencia en el Distrito del Rimac: ¿és eficiente la normativa peruana vigente?”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2007, p.514.
45. MORAN LEÓN, Ruth Wendy, Más allá del valor patrimonial: El tugurio y su importancia narrada y practicada por sus pobladores. El caso de la Casa de las Columnas. Tesis para optar el título de Licenciado en Antropología, Lima,

Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias Sociales, 2010, p.234.

46. MOULD DE PEASE, Mariana, Apuntes Interculturales. Conservación y Uso de los Bienes Culturales de la Iglesia Católica del Perú. Edit. PUCP, Lima-Perú, 2002, p.224.
47. MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho penal, Ed. Bosch casa editorial S.A., Barcelona, España, 1975, p. 192.
48. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, 8va ed., Tirant lo Blanch, España, Valencia, 1990, p. 821.
49. PALOMINO MANCHEGO, José F., “La protección constitucional del Patrimonio Cultural de la Nación”, en: Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica Editores. Revista de crítica y análisis Jurisprudencial, Año II/ N° 2, Dic. 1995, Perú, p. 37-52.
50. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., Curso elemental de Derecho penal. Parte general. Edit. Ediciones Legales, Perú, 2004, p. 74.
51. PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general, 3ra ed., Edit. Grijley, Perú, 1999, p. 732.
52. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Constitución, Derecho y Principios Penales”, en revista Derecho de la PUCP, N° 43-44, Dic. 1989-90, pp. 472 s.
53. PRIETO DE PEDRO, Jesús, “*Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución*”, en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas S.A., Tomo II, Madrid, 1991, pp. 1551-1572.
54. REBOLLO PUIG, Manuel, Izquierdo Carrasco Manuel, Alarcón Sotomayor Lucia, bueno Armijo Antonio. “*Panorama del Derecho administrativo*

sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos".

Estudio Socio-Jurídico, Bogota, Colombia, enero-junio 2005, pp. 22-74.

55. RENART GARCÍA, Felipe, El Delito de Daños al Patrimonio Cultural Español. Análisis del Art. 323 del Código Penal de 1995. Edit. COMARES, Granada- España, 2002, p.499.
56. RIVERA DÍAZ, Johanna Andrea, "Robo y Tráfico Ilícito de Bienes Culturales", Tesis de Licenciatura en Arte, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Artes, 2004, p.231.
57. ROJAS VARGAS, Fidel y ALBERTO, Infantes Vargas, Código penal. Catorce años de jurisprudencia sistematizada, 2da Edición, Idemsa, Lima, Perú, 2005, p. 1036.
58. ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra el Patrimonio, Vol. 1, Editora y Distribuidora Grijley E.I.R.L., Perú, Lima, 2000, p. 701.
59. ROJAS VARGAS, Fidel, El Delito de Robo, Editora Jurídica E.I.R.L. Grijley, Perú, Lima, 2007, p. 181.
60. RUIZ, Marta y Merardo MONNÉ, "*Patrimonio. Memoria del Provenir y Porvenir del patrimonio: una conciencia compartida*". Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales Universidad de Jujuy, Argentina, 2002, p. 1-5.
61. SILVA SANCHEZ, Jesús María, "*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*", Civitas, Madrid, 2001, p. 11-34.
62. TALANCHA CRESPO, Eliseo, Los Delitos Culturales: Esbozo histórico y jurídico de delitos contra el patrimonio cultural. Edit. Cotos, Huánuco- Perú, 1993, p. 171.

63. UBEDA TARAJO, Francisco E., “*Estudios. Sanciones disciplinarias de Derecho público: Las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional*”, Boletín N° 2033, España.
64. VALENCIA GIBAJA, Fabricio Alfredo, “*El tráfico ilícito de bienes culturales en el Perú*”, (16/06/08), <http://blog.pucp.edu.pe/item>.
65. VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal. Parte General, Edit. San Marcos, Lima, Perú, 2001, p. 580.

